

PROCESSO TRT/SP nº 0001662-55.2015.5.02.0078 - 3ª Turma

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTES: 1) GUILHERME CAOBIANCO MARQUES; 2) BANCO J P MORGAN S/A

RECORRIDOS: OS MESMOS

ORIGEM: 78ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO/SP

Adoto a ementa, o relatório e parte do voto da Exm.^a Relatora originariamente sorteada e peço vênia para transcrever:

“DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO. Revelando o conjunto probatório dos autos que o reclamante não usufruía regularmente de suas férias, saindo por poucos dias em descanso, em violação ao disposto no art. 134, § 1º da CLT, bem como que era obrigado a levar laptop, *blackberry* e o telefone celular para o destino de férias, ficando impedido de usufruir plenamente de seu direito à desconexão, correta a condenação da ré ao pagamento das férias de forma indenizada.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença de fls. 307/335, da E. 78ª Vara do Trabalho de São Paulo, que julgou PROCEDENTE EM PARTE a reclamação. Embargos de declaração opostos pelo reclamante às fls. 337/339 e pela reclamada às fls. 340/351, os quais foram julgados às fls. 353/354.

Recurso ordinário interposto pelo reclamante às fls. 356/375, em que postula a condenação da reclamada ao pagamento de horas extras excedentes da 6ª diária e 30ª semanal e reflexos, indenização por danos existenciais e a reforma quanto ao julgamento da reconvenção.

Recurso ordinário interposto pela reclamada às fls. 380/409, em que argui nulidade processual por ter restado notória a intenção da testemunha

Sr. Marcelo em beneficiar o reclamante e por ser extra petita a r. sentença. No mérito, pleiteia a reforma da r. sentença quanto às horas extras e reflexos, sustentando que o reclamante ocupava cargo de confiança nos moldes do art. 62, II da CLT. Insurge-se quanto ao pagamento das férias em dobro, reconhecimento da natureza salarial da gratificação paga, expedição de ofícios a órgãos administrativos e postula a condenação do autor ao pagamento de indenização pela quebra de dever contratual e indenização nos moldes do art. 940 do Código Civil.

Contrarrazões apresentadas pela reclamada às fls. 419/427 e pelo reclamante às fls. 428/462.

V O T O

Conheço dos recursos ordinários, pois presentes os pressupostos de admissibilidade. Para melhor disposição do voto, inverto a ordem de apreciação dos apelos.

DO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA

Da nulidade processual

Argui a recorrente nulidade processual, alegando que o depoimento da testemunha Sr. Marcelo, utilizado diversas vezes como fundamento para a condenação, deve ser desconsiderado eis que notória a sua intenção de favorecer o reclamante. Argumenta que a jornada afirmada pela testemunha é superior à mencionada pelo reclamante e que seu depoimento foi divergente dos demais prestados.

Em que pesem as alegações da recorrente, é certo que a testemunha Sr. Marcelo não foi contraditada e que todo o conjunto probatório dos autos foi considerado para a prolação da sentença.

Não se vislumbra de seu depoimento intenção de favorecer o reclamante, devendo-se ressaltar que a r. sentença foi prolatada pelo juiz que colheu as provas e, assim, pode observar e sentir a maneira como as partes e as

testemunhas responderam às perguntas formuladas, tornando-se verdadeira testemunha da prova oral produzida.

Inexiste nulidade a ser pronunciada. Rejeito.

Do julgamento extra petita

Aduz a recorrente que a r. sentença é extra petita na medida em que a inicial afirma que o reclamante ingressava às 10:00 horas e a r. sentença fixou a jornada como sendo a partir das 09:00 horas, devendo ser reconhecida sua nulidade.

Neste aspecto, há que se buscar as palavras de Vicente de Miranda (in Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro- Ed. Saraiva, 1992, p. 222)

"... Ao valorar, utiliza-se o juiz de todos os instrumentos da lógica, como o silogismo, a indução, a dedução, aplicando as regras da lógica comum ou geral, pois a atividade valorativa é também uma operação intelectual. Esse exercício valorativo envolve ainda aspectos psicológicos: a relação jurídica deduzida em juízo não deixa de ser uma relação humana cuja prova consiste em atos humanos, como a ouvida de testemunhas, a elaboração de documentos, a realização de perícia, atos esses que deverão ser analisados sob a ótica do normal e regular comportamento humano e dos essenciais caracteres do ser humano, ministrados pela ciência psicológica. Finalmente, aparece o lado crítico dessa atividade judicial: o julgador tem o poder de criticar, em sua acepção filosófica e jurídica, cada meio de prova, questionar sua autenticidade, sua veracidade, seu valor, sua eficácia, seu peso; poder-se-á falar, sem exagero, em um autêntico criticismo valorativo como integrante dessa atividade de apreciação judicial.

É o seguinte, no plano cronológico, o percurso do exercício desse poder judicial de valoração: em primeiro lugar, o juiz

percebe cada meio de prova. Após, critica esse meio de prova, verificando sua autenticidade, veracidade, sua eficácia, seu peso. A seguir, compara um meio de prova como outro meio de prova, cotejando uns com os outros todos os meios probatórios constantes dos autos, verificando suas relações mútuas. Terminada essa tripla fase analítica, procede o julgador a uma visão sintética do quadro probatório: sobe a uma vista panorâmica e de conjunto do material probatório colhido, procedendo a uma verdadeira reconstrução histórica dos fatos provados para culminar com um exame crítico geral de toda a prova."

Partindo, pois, da premissa supra, não há falar-se em julgado extra petita, mas tão somente em adequação dos fatos trazidos à colação e seu enquadramento jurídico. Rejeito, pois, a arguição de nulidade do julgado."

Quanto à litigância de má-fé da reclamada, vencida a Exm.^a relatora originariamente sorteada, prevaleceu a seguinte decisão:

Da litigância de má-fé

Insurge-se a reclamada contra a multa por litigância de má-fé que lhe foi aplicada, sustentando que apenas exerceu seu direito de defesa.

Com razão, a reclamada.

Com efeito, o MM. Magistrado de primeiro grau condenou a recorrente ao pagamento da multa de 1% sobre o valor da causa e da indenização de 20% sobre o valor da causa, por litigância de má-fé, consignando que as alegações contidas em sua defesa, quanto ao exercício de cargo de confiança pelo reclamante, tinham como finalidade alterar a verdade dos fatos.

No entanto, não vislumbro que a reclamada tenha agido em desrespeito ao dever de lealdade e boa-fé processual para que lhe seja imputada a litigância de má-fé.

Com efeito, o fato de a reclamada alegar, em defesa, que o reclamante exercia o cargo de confiança do art. 62, II, da CLT e de constar do

contrato de trabalho do reclamante sua contratação para exercer o cargo de confiança previsto no art. 224, §2º, da CLT, não gera a conclusão de que pretendeu a parte alterar a verdade dos fatos, tampouco induzir o Juízo a erro. Da análise da referida defesa, constata-se que a reclamada tão somente exerceu o direito de defesa, conforme é constitucionalmente garantido.

Assim, afasto a litigância de má-fé e a condenação respectiva.
Reformo.

No mais, adoto o voto da Exm.^a relatora originariamente sorteada e peço vênia para transcrever:

“Do cargo de confiança (recurso mútuo)

Pretende a reclamada seja reconhecido o exercício de cargo de confiança nos moldes do art. 62, II da CLT, argumentando que o reclamante recebia remuneração fixa de R\$ 20.384,72 e valores elevados a título de gratificação anual. Alega que ele tinha acesso a informações sigilosas e confidenciais, não havendo que se falar no pagamento de horas extras. Caso não seja o entendimento, pretende a compensação com os valores pagos a título de gratificação de função.

Insurge-se o reclamante contra seu enquadramento perante o art. 224, § 2º da CLT, argumentando que exercia função técnica, operacional, jamais tendo ocupado a posição de líder de projeto. Afirma que sempre foi profissional qualificado, sendo este um requisito para integrar a equipe da reclamada, que lida com operações sofisticadas e complexas, mas que nunca teve poder de direção, gerência, fiscalização ou chefia.

Alega ser fato notório que, nos bancos de investimento, os analistas e associados ocupam a base da pirâmide organizacional, sendo responsáveis pela execução dos trabalhos, bem como que todos os empregados do banco movimentam grandes quantias de dinheiro e lidam com informações confidenciais.

Acrescenta que seu trabalho era submetido a um líder de projeto, postulando a condenação da reclamada ao pagamento de horas extras

excedentes da 6ª diária e 30ª semanal, bem como reflexos. Argumenta, por fim, que a r. sentença restou contraditória ao atribuir o ônus da prova quanto à jornada de trabalho ao autor e o ônus quanto aos deslocamentos em viagens à reclamada.

Há que se ressaltar que o art. 224, parágrafo segundo, dispõe sobre cargo de confiança bancário de forma mais ampla da preceituada no art. 62, ambos da CLT. É necessário se auferir com cautela quais trabalhadores realmente preenchem os requisitos, independentemente da denominação da função ou do recebimento de gratificação especial.

Neste cenário, há de se discernir os empregados investidos em cargo de gestão, responsáveis pela gerência geral da agência, unidades descentralizadas ou de grandes departamentos, cuja maior hierarquia e confiança imediata do empregador os qualificam no art. 62, inciso II da CLT (Súmula 287 do C. TST).

Com o mesmo diapasão distinguem-se os empregados com poder de direção, gerência, fiscalização e chefia, enquadrando-se na exceção do artigo 224, § 2º da CLT. Para esses, mister verificar a existência dos poderes para modificar o modus operandi, para comandar subordinados, admitir ou demitir empregados, assim como a assinatura autorizada.

Igualmente encontram-se além da regra geral os empregados que "desempenhem outros cargos de confiança" e cujas atribuições demandam fidúcia especial em decorrência da responsabilidade de suas funções, cujas decisões inadequadas no exercício das atividades ou compromisso mal celebrado podem impor ao empregador, e aos clientes da instituição bancária, contundentes prejuízos. Para estes, portanto, não se exige o poder administrativo e gerencial inerentes aos cargos discriminados na primeira parte do § 2º do artigo 224 da CLT.

A análise histórica e teleológica da redução da jornada de trabalho da categoria dos bancários não permite concluir de outra forma.

Com a tarefa de gerir grandes somas, recebendo, compensando e efetuando pagamentos, os trabalhadores das instituições

bancárias desde cedo sentiram o desgaste físico e mental, inclusive com reflexos na saúde dos empregados. Após intenso movimento dos trabalhadores, a categoria obteve a redução da jornada por meio do Decreto 23.322 de 1933.

Com as inovações tecnológicas, porém, contundentes modificações advieram nas tarefas desenvolvidas pela categoria tornando-as menos hostis, tendo o Decreto-Lei nº 754/69 dado a redação final ao § 2º e sedimentado a exclusão da jornada reduzida àqueles "que exercem funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou que desempenhem outros cargos de confiança, desde que o valor da gratificação não seja inferior a 1/3 (um terço) do salário do cargo efetivo".

Necessário, portanto, apurar se o trabalhador enquadra-se em um dos três graus de confiança atribuído ao bancário.

No caso em análise, a ré detinha o ônus de provar o aventado desempenho de cargo de confiança pelo reclamante nos termos dos artigos 818 da CLT e 373, II do CPC, revelando o conjunto probatório dos autos que o reclamante não se enquadrava no art. 62, inciso II da CLT e tampouco no caput do art. 224 do mesmo diploma legal.

Com efeito, não restou demonstrado que o autor tivesse amplos poderes de mando e gestão, tanto que a testemunha convidada pela reclamada, Sr. André, disse que "o reclamante enquanto associado não tinha subordinados fixos, no entanto tinha subordinados em cada projeto que liderava, estando abaixo de sua posição analistas e estagiários" e "que o associado não é líder de projeto; que não há responsabilidade por clientes, mas por setores" (fls. 246/247).

Por outro lado, ainda que a remuneração paga pela reclamada aos seus empregados seja superior à paga aos bancários comuns, não se pode ignorar que o reclamante recebeu como última remuneração R\$ 20.384,72, bem como que a testemunha Sr. Felipe, trazida pelo reclamante, confirmou que "o depoente fazia análise financeira de empresas, modelos financeiros e descrições setoriais; que o reclamante fazia as mesmas coisas e, em algumas ocasiões com perfil mais de supervisor; que na hierarquia dos projetos o reclamante estava

acima do depoente" (fls. 244).

Correto, dessa forma, o enquadramento do reclamante no art. 224, § 2º da CLT e a condenação da reclamada ao pagamento das horas extras excedentes da 8ª diária ou 40ª semanal ante a incontroversa prestação de sobrejornada.

Não há que se falar em compensação com a gratificação de função paga, referente ao trabalho despendido na jornada de oito horas, não remunerando as horas extras prestadas.

Nada a modificar, portanto.

Da jornada fixada

Aduz a recorrente que o sistema intensity não se trata de controle de jornada, sendo uma ferramenta para medição da utilidade e necessidade de alocação/ realocação de trabalhos, e que o reclamante não estava sujeito a controle de horário.

Quanto à jornada reconhecida, a reclamada afirma que a inicial menciona como horário de entrada 10:00 horas e que como horário de saída deve ser considerado o depoimento da testemunha Sr. André Maciel, fixando-se o encerramento do expediente às 21:30 horas. Alega que o trabalho aos finais de semana ocorria de forma esporádica, um dia a cada dois meses, ocorrendo por cerca de 4 horas, bem como que o intervalo era regularmente usufruído. Pretende, por fim, o reconhecimento da natureza indenizatória do adicional de horas extras, sendo devidos reflexos em outras verbas.

Restando configurado o enquadramento do reclamante perante o art. 224, § 2º da CLT, não estava a reclamada dispensada da manutenção de controle de jornada, sendo certo que não vieram aos autos os documentos relacionados, atraindo a aplicação da Súmula 338 do C. TST.

Mencione-se, por oportuno, que ainda que o sistema intensity não tivesse como objetivo controlar a jornada dos empregados, mas verificar o tempo gasto em cada projeto e assim possibilitar o dimensionamento das equipes, é certo que permite vislumbrar ao menos a prestação habitual de horas extras. A

título de exemplo, na semana de 02/12/2013 a 08/12/2013, o reclamante teria prestado um total de 75 horas nos projetos em que estava designado (doc. 07 – fl. 13/49).

Não traz o sistema, contudo, os horários de entrada e saída, pelo que se mostra necessária a fixação de jornada.

Em inicial, o reclamante afirmou que laborava, em média, das 10:00 à 00:00/01:00 hora (fls. 09). Em depoimento pessoal, afirmou que de 2010 ao final de 2011, trabalhava das 08:30/09:00 às 22:00 horas, e de novembro de 2011 até o final do contrato das 10:00 às 00:00/01:00 hora (fls. 241).

As testemunhas ouvidas também relataram extensas jornadas, mencionando o Sr. Marcelo que o horário normalmente cumprido era das 09:00/10:00 à 00:00/01:00 horas e que os associados saíam por volta das 22:00 horas (fls. 243).

A testemunha Sr. Felipe, por sua vez, disse que o reclamante cumpria jornada das 09:00/09:30 às 23:00 horas, ao passo que o Sr. André, convidado pela ré, disse que o autor trabalhava das 10:00 às 21:00/22:00 horas (fls. 245/246).

Deve ser mencionado, contudo, quanto a esta última testemunha, Sr. André, que apesar de ter afirmado que trabalhou com o reclamante de 2012 a 2014/2015, quando ele era associado (fls. 246), consta da ficha de registro do reclamante que sua promoção a associado veio a ocorrer somente em 01.07.2014 (doc. 02 do volume em apartado da reclamada).

Considerando-se o conjunto probatório dos autos e os limites da lide, dou provimento parcial ao apelo da reclamada para fixar a jornada do reclamante como sendo, de 2010 a outubro de 2011, de segunda a sexta-feira, das 10:00 às 22:00 horas, e no período posterior das 10:00 à 00:00 hora, em razão da informação prestada pela testemunha Sr. Felipe no sentido de que o autor cumpria jornadas de 14 horas (fls. 245).

Quanto ao labor aos finais de semana, mantenho o horário fixado como sendo das 12:00 às 20:00 horas, sem intervalo, e apenas reduzo a frequência para um final de semana por mês, sábado e domingo, em razão dos

depoimentos das testemunhas Sr. Felipe e Sr. André.

Mantém-se a condenação ao pagamento de uma hora extra pela ausência de intervalo quando do labor aos finais de semana ante os termos do depoimento da testemunha Sr. Marcelo.

Mantenho, ainda, os reflexos das horas extras nas demais verbas salariais nos termos da Súmula 376, item II do C. TST.

Reformo nos termos supra.

Das horas extras - all nighters

Insurge-se a reclamada contra a condenação ao pagamento de horas extras pelo sistema all nighters, sustentando que o reclamante reconheceu que laborava no máximo até as 22:00 horas e que as testemunhas confirmaram que a prática não é comum na reclamada.

Sem razão, contudo.

Em inicial, o autor afirmou que uma vez a cada duas semanas trabalhava mais de dezoito horas ininterruptamente, como all-nighter. Em depoimento pessoal, o reclamante nada mencionou acerca da prestação de serviços como all nighter, possivelmente porque nenhuma pergunta a respeito lhe foi dirigida, sendo certo que o conjunto probatório revelou a prestação de horas extras durante a noite.

Com efeito, a testemunha convidada pela reclamada confirmou que "já aconteceu do reclamante virar a noite; que isso acontece em média 6/7 vezes ao ano" (fls. 247), ao passo que o Sr. Marcelo relatou que "conhece a expressão "all nighter", que se refere ao trabalho executado pelos analistas "virando a noite" até 4/5 horas da manhã; que tal prática é comum e ocorre cerca de 1/2 vezes ao mês; que o reclamante também virou a noite quando o depoente trabalhou" (fls. 243).

Ainda, o reclamante trouxe aos autos e-mail enviado a ele em que é feita menção ao trabalho durante a madrugada, cujo assunto é "tentando melhorar o equilíbrio entre vida e trabalho" (docs. 10/11 do volume em apartado do reclamante), a revelar a prática existente na reclamada.

Considerando-se o conjunto probatório dos autos, contudo, dou provimento parcial ao apelo para reduzir a condenação relacionada a uma vez ao mês e o horário. Fixa-se, portanto, que o reclamante trabalhava em sistema all nighter uma vez ao mês, das 10:00 às 04:00 horas do dia seguinte.

Do intervalo interjornadas

Alega a recorrente que a supressão do intervalo interjornadas configura mera infração administrativa, não gerando o pagamento de horas extras.

O artigo 66 da CLT constitui norma cogente de ordem pública, visando possibilitar intervalo de descanso mínimo ao trabalhador entre duas jornadas de trabalho.

Se a ocorrência de labor em jornada além da contratual implica necessariamente a quitação deste como extraordinário e incidência nos consectários legais, o mesmo deve se dar quando do trabalho em período destinado por lei ao repouso e refeição. (artigo 71, caput e parágrafo quarto da CLT).

Assim, em aplicação analógica, o desrespeito ao limite mínimo de 11 horas entre as jornadas implica trabalho no período destinado ao repouso, devendo, por conseguinte, serem remuneradas como horas extras aquelas suprimidas do intervalo interjornada.

Nesse sentido a Súmula nº 26 deste Regional e a Orientação Jurisprudencial nº 355 da SDI-1 do C. TST:

"SÚMULA 26 – TRT-SP. Intervalo entre jornadas. Artigo 66 da Consolidação das Leis do Trabalho. Inobservância. Horas extras. A inobservância do intervalo mínimo de 11 horas previsto no art. 66 da CLT resulta no pagamento de horas extras pelo tempo suprimido."

"OJ-SDI1-355 INTERVALO INTERJORNADAS. INOBSERVÂNCIA. HORAS EXTRAS. PERÍODO PAGO COMO SOBREJORNADA. ART. 66 DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO § 4º DO ART. 71 DA CLT. O desrespeito ao

intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula nº 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional."

Nada a reparar.

Das férias

Aduz a reclamada que comprovou documentalmente o gozo e pagamento regular das férias do reclamante e que nenhuma prova foi capaz de afastar a validade dos documentos.

Sem razão, contudo.

O conjunto probatório dos autos revelou que o reclamante não usufruía regularmente de suas férias, saindo por poucos dias em descanso, em violação ao disposto no art. 134, § 1º da CLT, bem como que era obrigado a manter-se conectado ao trabalho durante o período, ficando impedido de usufruir plenamente de seu direito à desconexão.

Com efeito, a testemunha Sr. Marcelo disse que "já foi advertido verbalmente quando não atendeu de imediato a uma demanda da reclamada quando estava em férias em uma praia", ao passo que o Sr. Felipe relatou já ter usufruído de férias de apenas 2 dias (fls. 244/245).

A testemunha Sra. Marta, da mesma forma, afirmou que os empregados assinam os recibos de férias e "as usufruem de forma "picada"" e o Sr. André, trazido pela reclamada, confirmou que "havia orientação da reclamada para que fosse possível ser contactado no período de férias" (fls. 246).

No mais, o e-mail juntado pelo reclamante contém recomendação no sentido de que os empregados da reclamada deveriam levar laptop, blackberry e celular para o destino das férias, inclusive cabos de força, token e baterias carregadas e verificarem 3 a 4 vezes ao dia para checarem se haviam sido contactados (doc. 30 do volume em apartado do reclamante).

Correta, dessa forma, a condenação da reclamada ao

pagamento das férias eis que evidenciado que não era permitido ao empregador ter um período maior de descanso, desconectando-se efetivamente do trabalho. Mantenho.

Da gratificação anual

Alega a reclamada que a gratificação CIB era prêmio pago por desempenho, quitado por liberalidade da ré, dependendo do implemento de determinadas condições desvinculadas da performance e desempenho profissional do empregado, pelo que não se poderia atribuir à verba natureza salarial.

Em que pesem as alegações da recorrente, é certo que a testemunha convidada pela própria reclamada afirmou que os requisitos para pagamento da gratificação são a performance da reclamada e a performance do empregado (fls. 246).

No mais, como bem ressaltado pela r. sentença, constou da proposta de emprego enviada ao reclamante que ele poderia participar do plano de incentivo, cujo objetivo é motivar o desempenho futuro e que "pode ser baseado em conquistas individuais, da unidade de negócios e resultados corporativos gerais e concedidos nos termos do Plano ao nosso critério exclusivo" (doc. 03 – fls. 03/10 do volume em apartado do autor).

Ainda que concedida por mera liberalidade, o pagamento reiterado e costumeiro da gratificação impõe sua integração ao salário para todos os fins. Nesse sentido as Súmulas do Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior do Trabalho:

"STF - SÚMULA Nº 207 As gratificações habituais, inclusive a de natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário."

"TST - SUM-203 GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. NATUREZA SALARIAL. A gratificação por tempo de serviço integra o salário para todos os efeitos legais".

"TST - SUM-226 BANCÁRIO. GRATIFICAÇÃO POR TEMPO

DE SERVIÇO. INTEGRAÇÃO NO CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS. A gratificação por tempo de serviço integra o cálculo das horas extras."

Assim sendo, e considerando-se que o reclamante recebia anualmente valores a título de gratificação, havendo expectativa quanto ao recebimento da parcela, correto o reconhecimento de sua natureza salarial. Mantenho.

Da expedição de ofícios

Pretende a reclamada a reforma da r. sentença quanto à expedição de ofícios, argumentando que o reclamante não postulou a expedição e que não foi constatada qualquer irregularidade.

Foi determinada a expedição de ofícios ao Ministério Público e à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego em razão da prestação de horas extras e concessão irregular de férias.

Além de terem sido deferidos ao autor os pedidos relacionados, vislumbra-se a repetição da conduta em relação aos demais empregados da ré, especialmente quanto à prestação habitual de horas extras, razão pela qual mantenho a determinação quanto à expedição de ofícios.

Da indenização pela quebra contratual

Postula a ré a condenação do reclamante ao pagamento de indenização por ter o reclamante acostado aos autos documentos sigilosos, o que configuraria quebra contratual.

Contudo, inexistente prejuízo a ser ressarcido na medida em que foi decretado segredo de justiça em relação aos volumes de documentos juntados pelo reclamante (fls. 108).

Inexistindo dano, não há que se falar na indenização postulada. Mantenho.

Do art. 940 do Código Civil

Pretende, por fim, a reclamada a condenação do reclamante ao pagamento em dobro dos valores pleiteados pelo autor e já recebidos, nos moldes do art. 940 do Código Civil.

Ao contrário do que sustenta a recorrente, houve o deferimento do pedido de integração da gratificação de função em férias + 1/3, 13º salários, horas extras, adicional noturno e depósitos fundiários, de modo que não se vislumbra má-fé na pretensão formulada, não se caracterizando quaisquer das hipóteses do art. 80 do Novo CPC. No mais, o disposto no art. 940 do Código Civil é incompatível com os preceitos trabalhistas. Por último, o direito de ação constitui garantia constitucional (art. 5º, incisos XXXIV, "a", XXXV e LV, CF).

Nada a modificar.

DO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE

Da indenização por danos morais

Aduz o recorrente que a reclamada cometeu ato ilícito ao desprezar as normas trabalhistas, gerando-lhe um dano que deve ser indenizado. Afirma que não tinha a opção de negociar a quantidade de horas trabalhadas, que sofreu dano existencial por ser privado do convívio com amigos, familiares, de suas atividades pessoais, fazendo jus à indenização por danos morais postulada.

Por primeiro, verifica-se que no caso em análise a jornada excessiva foi devidamente remunerada por meio da condenação da ré ao pagamento das horas extraordinárias, com adicional e reflexos.

No mais, quanto às alegações de dano existencial, decorrente de conduta patronal que impossibilite ao empregado a convivência social, por meio de atividades recreativas e culturais, inexistem elementos comprovando as denúncias feitas.

Ao contrário do dano moral, não há de se presumir pela impossibilidade de convivência familiar e social apenas pela realização das horas extras, devendo a parte, assim, se desincumbir do encargo probatório.

Eventual cumprimento de jornada extensa, por conseguinte,

não implica inferir, isoladamente, pelo deferimento da indenização postulada.

Neste sentido a jurisprudência:

"(...)4. DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTENUANTE. Cinge-se a controvérsia em definir se o cumprimento de jornada de trabalho extensa pela prestação de horas extras, por si só, implica dano existencial suficiente a ensejar dever de reparação de ordem moral. A decisão recorrida entendeu que a extensa jornada de trabalho por parte do reclamante o expôs a danos de ordem psíquica e moral, privando-o de horas de lazer e do convívio com a família. Entretanto, a jurisprudência desta Corte caminha no sentido de que o dano existencial, ao contrário do dano moral, não é presumível, ele necessita de ser provado, sob pena de desrespeito às regras do ônus da prova. O cumprimento de jornada de trabalho extensa pela prestação de horas extras, por si só, não enseja a indenização perseguida quando não demonstrada efetiva impossibilidade de convívio familiar e social, hipótese dos autos. Com efeito, embora o quadro fático descrito demonstre que houve sobrejornada além do permissivo legal, não consigna, por outro lado, prova de que tal jornada tenha de fato comprometida as relações sociais do reclamante ou seu projeto de vida, fato constitutivo do direito ao dano existencial perseguido. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 53-48.2015.5.17.0101 Data de Julgamento: 09/12/2015, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/12/2015)". Nada a modificar.

Da reconvenção

Sustenta o reclamante que a gratificação especial paga pela reclamada tinha natureza de prêmio ou bônus por sua boa performance, possuindo natureza salarial, mostrando-se indevido o reembolso. Acrescenta que saiu da

reclamada apenas 41 dias antes da data estipulada como mínima e que a reclamada teria renunciado tacitamente à parcela ao não proceder ao desconto no TRCT. Caso não seja esse o entendimento, postula seja determinada a devolução de 11% do total, correspondente ao período faltante para completar o prazo estabelecido.

A reclamada trouxe aos autos documento assinado pelo reclamante por ocasião de sua promoção a associado, em que recebeu gratificação especial de R\$ 90.000,00, concedida como um incentivo à permanência do empregado na reclamada e sujeita a reembolso caso o contrato fosse rescindido antes de 01.07.2015 "por qualquer outro motivo que não seja a eliminação do cargo/posto de trabalho que você atualmente ocupa" (doc. 07 do volume de documentos da reclamada).

Nos termos do art. 444 da CLT as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Tendo as partes firmado contrato estipulando cláusula de permanência por meio da qual o reclamante recebeu R\$ 90.000,00, comprometendo-se a não rescindir o contrato antes de 01.07.2015, sob pena de devolução integral do valor, e sendo as partes capazes, o objeto lícito e a forma não proibida por lei, há que se conferir plena validade ao negócio jurídico.

Desta feita, rescindido o contrato por iniciativa do reclamante em 15.05.2015, correta a condenação do reclamante à restituição integral da gratificação recebida, não havendo que se falar em proporcionalidade, até mesmo diante do princípio da obrigatoriedade dos contratos.

Mantenho."

Ante o exposto,

ACORDAM os Magistrados da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em conhecer dos recursos ordinários interpostos pelas partes e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao apelo do reclamante e **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao apelo da reclamada para excluir da condenação o

pagamento da multa de 1% e da indenização de 20%, ambas sobre o valor da causa, por litigância de má-fé; para fixar a jornada do reclamante como sendo, de 2010 a outubro de 2011, de segunda a sexta-feira, das 10:00 às 22:00 horas, e no período posterior das 10:00 à 00:00 hora; para reduzir a condenação pelo labor aos finais de semana a um por mês, sábado e domingo, no mesmo horário fixado pela r. sentença, bem como para reduzir a condenação por horas extras em sistema *all nighter* a uma vez ao mês, das 10:00 às 04:00 horas do dia seguinte. Mantém-se, no mais, a r. sentença, inclusive quanto ao valor da condenação, por condizente com os títulos deferidos.

Margoth Giacomazzi Martins
Redatora Designada

MGM/rc