



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO

GDCACM-07

PROCESSO nº 0000697-02.2017.5.17.0010 ROT

RECORRENTES: LUCIANA DRUMOND DE MORAES, NELSON WILIANS & ADVOGADOS ASSOCIADOS

RECORRIDOS: LUCIANA DRUMOND DE MORAES, NELSON WILIANS & ADVOGADOS ASSOCIADOS

RELATOR: DESEMBARGADOR CLÁUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES

EMENTA

HORAS EXTRAS - CARGO DE CONFIANÇA - GERENTE DE FILIAL - ART. 62, II, DA CLT - A reclamante não detinha confiança especial, haja vista que suas atividades não colocavam em jogo a própria existência da empresa e era hierarquicamente subordinada a outra pessoa. A especial confiança que o reclamado imprimia ao contrato de trabalho tem seu lado mais visível e mais perverso na imposição de uma jornada de trabalho maior que a permitida para a profissão da reclamante (advogada). Definitivamente não é isso que o Constituinte originário instituiu como paradigma de humanidade para o trabalhador brasileiro e, por óbvio, não é essa a interpretação que se pode extrair do art. 62, II, da CLT.

1. RELATÓRIO

Trata-se de recursos ordinários interpostos pelo reclamado e pela reclamante, em face da sentença que deferiu parcialmente o pleito inicial.

Contrarrazões regularmente ofertadas.

O d. Ministério Público do Trabalho não emitiu parecer, ante o teor do Regimento Interno.

2. FUNDAMENTAÇÃO

1- CONHECIMENTO

CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso ordinário do reclamado, não o conhecendo quanto às insurgências relativas ao vínculo de emprego. Com efeito, esta 1ª Turma, por meio dos Acórdãos de ID. 52f5118 e ID. 9b40983, reconheceu a existência de vínculo empregatício entre a reclamante e o reclamado, determinando o retorno dos autos à Vara de origem para prosseguimento no julgamento dos demais pedidos exordiais. Portanto, no que toca à referida matéria (vínculo de emprego), esta C. 1ª Turma esgotou sua prestação jurisdicional com os Acórdãos de ID. 52f5118 e de ID. 9b40983.

Rejeito a preliminar suscitada em contrarrazões pelo reclamado, eis que a sentença foi clara em arbitrar custas apenas pelo réu (ID. 2073c84 - Pág. 8). Assim, não há falar em deserção do apelo autoral.

Nesse passo, **CONHEÇO do recurso ordinário da reclamante** por presentes todos os pressupostos processuais de admissibilidade.

2- HORAS EXTRAS - ANÁLISE CONJUNTA DOS RECURSOS DO RECLAMADO E DA RECLAMANTE

HORAS EXTRAS

Eis a sentença, no particular:

"Alega a reclamante que trabalhava de segunda a sexta-feira, das 8hs às 21hs, com uma hora de intervalo intrajornada. Requer, pois, o pagamento das horas extras a partir da 4ª diária ou 20ª semanal, conforme Lei 8.906/94.

A reclamada nega os fatos. Diz que a reclamante gozava pelo menos de 2hs para refeição e descanso.

Pois bem.

Não juntou a ré os cartões de ponto da reclamante o que faz presumir verdadeira a jornada declinada na inicial, sendo esse o entendimento consubstanciado na Súmula 338, I, do TST, in verbis: "A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário".

Foi realizada prova oral acerca do tema, vejamos:

Em depoimento a reclamante disse que quando estava aqui trabalhava de 8hs30min/9hs até 18hs quando não tinha reunião externa; que quando viajava o horário era maior que esse.

O preposto do réu disse que não sabe precisar o horário da reclamante.

A primeira testemunha indicada pela reclamante disse que deixaram claro que o horário era de 8hs às 18hs; que a depoente chegava por volta de 8hs e a reclamante chegava mais ou menos nesse horário; que nos primeiros 2 anos saía 19hs/20hs e depois saía mais cedo a partir de 18hs30min; que quando ia embora a reclamante muitas vezes ficava; que tinha dias que saía ante e dias depois; que almoçava em 15/20 minutos; que as vezes conseguia fazer 1 hora; que a reclamante na maioria das vezes almoçava lá e voltava rápido; que isso era 20 minutos; que acontecia de passar das 20hs e isso acontecia umas 4 vezes por semana nos 2 primeiros anos; que metade dos dias ela saía antes.

A segunda testemunha indicada pela reclamante disse que tinha contato quase que diariamente com a reclamante; que era cobrada pela Dra Ana Karla a questão do horário; que chegava no escritório 8hs30min/9hs; que ao que sabe a jornada de trabalho da reclamante era muito variável e ela viajava muito; que no dia que estava lá não sabe informar o horário de chegada da reclamante; que as vezes ia embora e a reclamante ainda estava lá e as vezes a reclamante já tinha ido; que a depoente ia embora normalmente 20hs; que parava 1 hora para almoçar; que almoçou muitas vezes com a reclamante; que já viajou com a reclamante em 2 oportunidades; que foram para Curitiba e ficaram a disposição do cliente o dia todo e o trabalho terminou por volta de 21hs; que tem notícia que a reclamante sempre viajou muito mas não pode dizer que quando não estava no escritório estava viajando;.

O informante do Juízo disse que chegava no escritório entre 9hs/9h30min; que as vezes a reclamante já estava lá mas as vezes não; que normalmente chegava juntou ou depois; que ia embora às 16hs/16h30min e normalmente a reclamante já tinha ido ou ia no mesmo horário; que parava 30/40 minutos para almoçar; que a reclamante almoçava no começo na casa da mãe e depois na casa da sogra; que as vezes o depoente almoçava com a reclamante em algum restaurante; que cada um estipula o seu tempo de almoço de acordo com sua demanda.

A segunda testemunha indicada pelo reclamado disse que chega no escritório por volta de 8hs50min/9hs10min; que na maioria das vezes chegava primeiro que a depoente; que se está na rua vai direto para casa e fora isso vai embora às 18hs; que a reclamante não ficava muito tempo até o final; que as vezes fazia 1 hora, as vezes um pouco mais; que a reclamante almoçava fora na maioria das vezes; que poderia chegar mais tarde ou mais cedo devido a flexibilidade; que a depoente que definia seu horário assim como o horário de almoço.

Inicialmente, Com relação ao período em que a reclamante exerceu a função de gerente de filial (a partir de março/2015, conforme inicial), aplica-se a exceção prevista no art.62, II da CLT, não havendo que se falar em pagamento de horas extras.

Bom, quanto ao demais períodos do contrato, a Lei 8.906/94, em seu artigo 20, dispõe que "a jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva".

Dedicação exclusiva, na forma do que dispõe o artigo 12 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, é considerada como o regime de trabalho que for expressamente previsto em contrato individual de trabalho e, se configurada a dedicação exclusiva, serão remuneradas como extraordinárias as horas trabalhadas que excederem a jornada normal de oito horas, conforme parágrafo único.

Destaco que a reclamante, em razão da jornada de trabalho cumprida e conforme evidenciado pela prova oral, laborava com dedicação exclusiva, ainda que pudesse angariar alguns clientes particulares.

Saliento que o fato de não existir cláusula de exclusividade no contrato da reclamante se dá pela peculiaridade do caso, haja vista que fora contratada como advogada associada.

Dessa forma, considero que a carga horária de trabalho da reclamante era de oito horas diárias e quarenta horas semanais, nos termos do art. 12, do Regulamento Geral caput do Estatuto da Advocacia e da OAB, de modo que afasto a pretensão a jornada diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais (art. 20, caput, da Lei n.º 8.906/94) postulada.

A prova oral produzida nos autos demonstra que a reclamante trabalhava, pelo menos, oito horas diárias, estando sua jornada condicionada ao que ocorria na prática.

As testemunhas indicadas pela reclamante demonstraram maior conhecimento da realidade de trabalho da autora.

Já a testemunha indicada pela ré demonstrou menor conhecimento acerca da jornada de trabalho da reclamante. O informante, que depôs a convite da ré, informou de forma vaga que algumas vezes chegava antes da autora, outras vezes depois.

Nos demonstrativos de pagamentos constantes nos autos, não há registros de pagamentos a título de horas extras, assim como não há registros dos horários de trabalho da reclamante.

Considerando-se a média dos depoimentos prestados nos autos e com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, fixo que a jornada de trabalho da reclamante era de segunda a sexta, das 8h30min às 18h30min e em 2 dias da semana a jornada se estendia até 19:30hs, sempre com 1 hora de intervalo.

Fixo, ainda, que a reclamante realizava 2 viagens por mês, cuja duração era de 2 dias e o horário de trabalho era de 8h30min às 20hs, com 1 hora de intervalo.

Desta feita, defiro à reclamante o pagamento de horas extras até fevereiro/2015, consideradas como aquelas excedentes a oito horas diárias e quarenta horas semanais, conforme o art. 12 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, considerando-se a jornada acima fixada.

Adicional de 100% (§ 2.º do art. 20 da Lei n.º 8.906/94). Divisor 220.

Devem-se observar os períodos de afastamento da reclamante conforme documentos (atestados médicos) juntados com a inicial.

Quanto à base de cálculo da hora extra, deverá ser observado o Enunciado 264 do TST.

Defiro ainda reflexos sobre RSR, férias com terço constitucional, 13º salário, FGTS mais 40% e aviso prévio.

Deverá ser observada a aplicação da OJ 394 da SDI-1 do C.TST que diz que "a majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de bis in idem".

Afirma o **reclamado** que nunca impôs jornada de trabalho à reclamante e que esta não iniciava o expediente antes das 9h, encerrando em torno das 17h30min ou 18h. Invoca o artigo 818, da CLT e 373, I, do CPC. Pede reforma da sentença e a compensação dos valores quitados.

A **reclamante**, por sua vez, alega em seu apelo que jamais exerceu cargo de confiança, pois não tinha poder de gestão ou autonomia, estando subordinada a seu superior hierárquico. Sustenta que a oferta de percentual sobre o faturamento bruto anual da empresa nunca foi adimplida. Afirma, ainda, que a prova oral demonstra a inexistência de exclusividade com o escritório recorrido, bem como que não há previsão contratual expressa sobre exclusividade. Diz que, diversamente do que assentou a decisão, a prova oral indica a impossibilidade de fruição integral do intervalo intrajornada. Pede, assim, a reforma da decisão para condenar o réu no pagamento de horas extras também a partir de março/2015 até o rompimento do contrato, bem como na quitação das horas excedentes às quatro horas diárias e vinte horas semanais, previstas legalmente para a profissão de advogada.

Vejamos.

Como muitíssimo bem registrado na sentença, a reclamada não se desincumbiu de seu ônus de acostar aos autos os cartões de ponto da autora, o que gera presunção de veracidade da jornada indicada pela reclamante, nos termos da Súmula 338, I, do TST, sendo certo, ainda, a existência de prova oral a respeito, que deve ser considerada no convencimento do Juízo.

Pois bem. A sentença, embora tenha deferido parcialmente o pleito da autora, deixou de condenar o réu no pagamento de horas extras no período em que ocupou a função de gerente de filial. Contudo, para que fique o trabalhador excepcionado dos preceitos relativos à duração do trabalho, a teor do artigo 62, II, da CLT - se é que esta regra persiste no nosso ordenamento à luz do artigo 7º, XIII, da Constituição Federal - necessária a inequívoca demonstração do exercício de típicos encargos de gestão, pressupondo para tal caracterização que o empregado se coloque em posição de verdadeiro **substituto** do empregador ou "**cujo exercício coloque em jogo**" - como diz Mário de La Cueva - **a própria existência da empresa, seus interesses fundamentais, sua segurança, e a ordem essencial do desenvolvimento de sua atividade.**

Como sustenta Sérgio Pinto Martins, o trabalhador para ser enquadrado na exceção do artigo 62, II, da CLT, deve ter um mandato conferido pelo empregador, ainda que verbal ou tácito, para **administrar o empreendimento do empresário.**

Portanto, são necessários **poderes de gestão e representação em grau muito elevado.** De

tal forma, **deve haver a prática de atos próprios da esfera do empregador**, aplicando-se o dispositivo em comento apenas ao empregado que comanda integralmente a unidade empresarial e não apenas parte dela.

A Carta Magna estabelece como limite de horário de trabalho o labor de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, sem fazer qualquer distinção em relação ao trabalhador (artigo 7º, XIII). No mesmo sentido, o art. 5º da CF estabelece como princípio fundamental a não discriminação, tratado amiúde nas relações de emprego como a proibição de distinção salarial em função de trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII).

A interpretação que se pode extrair do art. 62, II, da CLT, para se tê-la por compatível com a Constituição, é que os poderes de gestão ali mencionados autorizam aquele trabalhador **laborar conforme bem entender, sem qualquer tipo de satisfação ao empregador** em relação à jornada de trabalho. Permite, também, que se trabalhe menos do que a jornada legal, haja vista que a especial confiança nele depositada o vincula somente aos resultados produzidos. E, mesmo neste caso, os resultados produzidos não de ser compatíveis com uma jornada razoável dentre os parâmetros fixados pela Carta Cidadã. Se assim não se entender, estar-se-á discriminando um trabalhador para favorecer unicamente o empregador. E não é isso que se encontra positivado como direito fundamental do trabalhador.

De resto, sendo regra restritiva de direitos, o artigo 62, da CLT, tanto em seu inciso I quanto em seu inciso II, exige, caso aceita a sua recepção pela Carta de 1988, interpretação e aplicação de acordo com o 7º, XIII, da Constituição Federal, para evitar jornadas exaustivas e até desumanas. Não há salário que pague jornada de 10, 12, 14 ou mais horas de trabalho. A tanto não autorizam os artigos 3º, III e IV, 6º, 7º, XIII, 170 e 220, todos da Constituição Federal de 1988.

Conforme se infere das provas dos autos, sobretudo a prova oral, não foram comprovados os elementos necessários para o enquadramento legal referido.

Como já expus no Acórdão de ID. 52f5118, restou demonstrado nos autos que a autora subordinava-se ao Sr. Guilherme G. Reis, Diretor da filial deste Estado, realizando diversas viagens de trabalho em sua companhia, reportando-se a ele constantemente, mesmo quando ele deixou de estar presente nesta filial, fixando-se em Belo Horizonte.

Também, a prova oral demonstra que, ao final do contrato, a reclamante sequer era chamada para todas as reuniões que aconteciam no escritório, dividia suas responsabilidades com o Sr. Diego e muitas vezes o Sr. Guilherme passava ordens diretamente aos advogados, sem interferência da reclamante. A testemunha ouvida a rogo do réu informa que nem sempre se reportava à autora para resolver as necessidades de serviço, inclusive comunicando apenas ao setor administrativo do escritório as folgas que pretendia usufruir.

Ou seja, embora a reclamante ocupasse o cargo de gerente da filial e detivesse alguns poderes de mando, estes eram restritos e, por vezes, divididos com outros colegas. Ainda, a reclamante era claramente subordinada ao Sr. Guilherme, este sim detentor de poderes de mando e gestão, necessitando, em diversas decisões, de seu aval

Ou seja, resta claríssimo, nos autos, que o reclamante era hierarquicamente subordinado ao alto comando da empresa, necessitando, em diversas decisões, de seu aval para conduzir o trabalho.

O cargo de confiança, previsto no artigo 62, II, da CLT, de forma a afastar a percepção de horas extras, **decorre não só do cargo de gerência exercido com alto grau de diferenciação salarial, bem como reside no fato de o empregado ser um verdadeiro "alter ego" do empregador, incorporando, quase que**

propriamente, o dono do empreendimento, e geralmente está ligada aos altos cargos da estrutura empresarial, ou seja, altos diretores e gerentes, **o que, definitivamente, NÃO era o caso da Recorrente.**

Destaco que o operador do Direito deve sempre observar o princípio da primazia da realidade em detrimento de aspectos meramente formais, como a titulação que o empregador atribui ao cargo, sendo imprescindível a comprovação de que o obreiro efetivamente desempenhe as funções mencionadas no artigo 62, II, da CLT e detenha a fidúcia especial exigida legalmente. Assim, ainda que pagas as gratificações previstas no artigo 62, II, da CLT, se o empregado apenas exerce um cargo de maior qualificação, mas não detém a fidúcia especial e qualificada exigida no artigo 62, II, da CLT, não pode ser enquadrado na exceção do artigo em questão de modo a não estar sujeito a qualquer limitação da jornada de trabalho.

A interpretação da doutrina sobre os pressupostos para que seja configurado o exercício de cargo de confiança pode ser assim resumida:

"É surpreendente e paradoxal constatar que o empregado exercente de cargo de confiança permaneça à disposição do empregador amplamente, envolvendo-se muito além do ambiente da empresa.

Primeiramente mencione-se que o art. 62 disciplina e regulamenta relação de trabalho envolvendo determinados tipos de empregados que não estão abrangidos no Capítulo II, Seções I a VI, arts. 57 a 75, que trata da duração do trabalho, compreendendo jornada de trabalho, períodos de descanso, trabalho noturno, quadro de horário e penalidades.

'Art. 62 Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I - [...]'

São dois os requisitos do cargo de confiança, quais sejam: exercício do cargo de gestão e remuneração diferenciada. Nesse sentido, afirma Maurício Godinho Delgado (2005, p. 353), considera que ocorreu clara redução dos antigos requisitos do cargo/função de confiança do art. 62 da CLT, para apenas dois: elevadas atribuições e poderes de gestão e distinção remuneratória.

Primeiro, quanto ao exercício do cargo de gestão, conforme mencionado anteriormente, pressupõe a presença de confiança especial, portanto, confiança distinta em relação aos demais empregados. Outros aspectos devem estar presentes, como a existência de uma equipe de subordinados e os poderes decorrentes do cargo de gestão.

Equipe de subordinados - necessário que exista uma equipe de empregados que esteja subordinada ao exercente do cargo de confiança. Não faz muito sentido a nomeação do cargo de confiança sem a existência de um grupo de trabalhadores que esteja subordinado hierarquicamente. Corrobora Sérgio Pinto Martins (2002, p. 460), ao afirmar que "[...] não se pode falar num chefe que não tem chefiados".

Com relação aos poderes de gestão - tais poderes poderão contemplar o direito de punir (advertência e suspensão), admitir e dispensar funcionários, até mesmo comprar ou vender em nome do empregador. Enfeixados referidos direitos ter-se-ia o empregado exercente do cargo de confiança como alter ego do empregador. Ainda mais, esses poderes devem ser significativos de tal ordem, a ponto de repercutir na atividade empresarial.

Na construção textual clássica elaborada por Mario de la Cueva, citado por Délio Maranhão (1991, p. 293), tem-se que cargos de confiança são aqueles cujo exercício possa colocar em jogo a própria existência da empresa, seus interesses fundamentais, sua segurança e a ordem essencial ao desenvolvimento de sua atividade". (CARGO DE CONFIANÇA - ELEMENTOS PARA CARACTERIZAÇÃO - Alcídio Soares Junior - (Publicada no Juris Síntese nº 60 - JUL/AGO de 2006)

O ilustre jurista e Ministro Mauricio Godinho Delgado, ao discorrer sobre o artigo 62, da CLT, informa que, com o advento da Lei nº 8.966/94, houve clara redução dos antigos requisitos do cargo/função de confiança para apenas dois: **ELEVADAS ATRIBUIÇÕES E PODERES DE GESTÃO; E DISTINÇÃO REMUNERATÓRIA, À BASE DE, NO MÍNIMO, 40% A MAIS DO SALÁRIO DO CARGO EFETIVO** (in: Curso de Direito do Trabalho. 7ªed. São Paulo: LTr, 2008. p. 353).

Como já ressaltado, da prova dos autos, é possível concluir que não foram comprovados os elementos necessários para o enquadramento legal referido, já que a reclamante não possuía altos poderes de mando e gestão de forma a enquadrá-la no artigo 62, II, da CLT. Vã, pois, a tentativa do Reclamado em enquadrá-la na exceção do artigo 62, II, da CLT, com o único intuito de sonegar o pagamento das horas extras laboradas quando a reclamante ocupou o cargo de gerente, sendo devidas, portanto, horas extras deste período.

Neste sentido, destaco precedente do e. TST:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. 1. CARGO DE CONFIANÇA. ART. 62, II, DA CLT. HORAS EXTRAS. À luz do princípio da primazia da realidade, que informa o Direito do Trabalho, a configuração da função ou cargo de confiança a que alude o art. 62, II, da CLT está vinculada às reais atribuições do empregado, o qual, não detendo poderes de gestão, não pode ser enquadrado na exceção ali prevista. Diante de tal compreensão, faz jus ao pagamento, como extraordinárias, das horas que excederem à duração normal do trabalho. (...) Processo: AIRR - 1394-59.2011.5.15.0084 Data de Julgamento: 25/06/2014, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2014."

Além disso, está correta a autora no que toca à ausência de exclusividade. A prova oral é uníssona, inclusive o preposto do réu, em informar que não havia proibição de atendimento a clientes particulares. Portanto, não importa se efetivamente a autora manteve clientes próprios ou se optou por não ter. Esta opção não afasta a realidade contratual: inexistia cláusula formal ou informal de exclusividade.

Portanto, corolário de tudo o que foi exposto até aqui é a aplicação do disposto na Lei 8.906/94, Artigo 20:

"Art. 20. A jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva.

(...)

§ 2º As horas trabalhadas que excederem a jornada normal são remuneradas por um adicional não inferior a cem por cento sobre o valor da hora normal, mesmo havendo contrato escrito."

Portanto, **são devidas as horas extras laboradas após a 4ª diária e vigésima semanal**. A jornada a ser considerada para os cálculos será a já fixada em sentença, pois reflete a realidade vivenciada pela autora, como se pode constatar na prova oral produzida nos autos. Quanto ao intervalo intrajornada, diversamente do que alega a reclamante, a prova oral não conduz à conclusão de que este não era integralmente usufruído, eis que as testemunhas informam, em sua maioria, que a reclamante conseguia almoçar em uma hora, sendo comum dirigir-se a restaurantes neste período.

Quanto ao pedido de compensação, elaborado pelo réu, não há o que deferir, pois não restou demonstrada a existência de dívida da reclamante, de natureza trabalhista, nos termos da Súmula 18, do TST.

Pelo exposto, **nego provimento ao recurso ordinário do reclamado e dou parcial provimento ao recurso ordinário da reclamante**, nos termos supra.

3-RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

A autora pede a reforma da sentença para que lhe seja deferido o benefício da assistência judiciária gratuita. Invoca o artigo 14, §1º, da Lei 55.584/70 e os artigos 98 e 99, do CPC.

Tem razão.

Primeiramente, destaco que as modificações impostas pela Lei 13.467/2017 não se aplicam à presente ação, ajuizada antes da entrada em vigor da supracitada lei. Posta esta premissa, acerca da não aplicação dos dispositivos previstos na Lei 13.467/2017 ao caso em tela, passo à análise do pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, com base nos dispositivos legais vigentes antes de 11.11.2017.

Destaco que meu entendimento é de que há identidade entre os institutos previstos nos artigos 14 da Lei 5584/70 e 790, §3.º da CLT.

O direito de ação como direito de acesso à justiça não pode, sob nenhuma hipótese, ser alheio

às necessidades sociais. Ao revés disto, deve considerar as circunstâncias sociais, a fim de que proteja os direitos do cidadão. Por este motivo é que o direito de ação não pode ser comprometido por barreiras sociais, econômicas ou quaisquer outras. Logo, imperioso é que seja resguardado ao cidadão o direito de um real e efetivo acesso à justiça.

Diante do exposto, observa-se a existência de dispositivos legais inseridos em nosso ordenamento jurídico que versam sobre a questão da gratuidade judiciária e que visam o acesso efetivo do cidadão à justiça. Como podemos asseverar no art. 14, §1º da Lei 5.584/70 e 26 e 98 do CPC. Ainda, o artigo 99 do CPC, aplicável ao processo do trabalho tendo em vista a compatibilidade existente com as normas de processo civil, dispõe expressamente que o juiz somente poderá indeferir tal pedido se nos autos se comprovarem a ausência dos pressupostos para a concessão da assistência, e nestes casos determinará a comprovação de tais requisitos:

"Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

§ 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

§ 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça."

Dessa maneira, pode-se concluir que o único requisito indispensável para a concessão da gratuidade judiciária é a declaração na exordial de que o jurisdicionado não tem condições de arcar com as custas do processo sem que isto interfira no seu sustento e no de sua família.

Reforçando este entendimento, colaciono precedente do E. TST:

"(...) RECURSO DE REVISTA DA PREVI. JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE NÃO ELIDIDA POR PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. 1. O deferimento da gratuidade da justiça depende de simples declaração de pobreza, a teor do art. 790, § 3º, da CLT e nos moldes da OJ 304/SDI-I/TST ("Atendidos os requisitos da Lei nº 5.584/70 (art. 14, § 2º), para a concessão da assistência judiciária, basta a simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para se considerar configurada a sua situação econômica (art. 4º, § 1º, da Lei nº 7.510/86, que deu nova redação à Lei nº 1.060/50)"). E a referida declaração, apresentada pelo reclamante em sua petição inicial, goza de presunção relativa de veracidade, não restando elidida, no caso, por prova em contrário, pois registrado pelo Tribunal de origem que "como a Lei atribui presunção de veracidade à alegação do requerente do benefício, o ônus de demonstrar o contrário é dos recorrentes, do qual não se desincumbiram". 2. Desta forma, o quadro fático trazido pela Corte regional não é suficiente a demonstrar que o reclamante está em situação econômica que lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. 3. Precedentes desta Corte Superior. Recurso de revista não conhecido, no tema." (RR - 612-57.2010.5.09.0665 , Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 22/08/2018, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/08/2018)

No caso, a autora firmou declaração de pobreza em sua petição inicial, a qual não foi desconstituída pela parte adversa.

Assim, **dou provimento ao recurso para conceder à autora os benefícios da justiça gratuita.**

COMISSÕES

A reclamante alega que à reclamada incumbe o ônus de comprovar o pagamento de todas as comissões. Neste passo, alega que nem todas as comissões devidas constam nos documentos acostados aos autos. Alega ser impossível comprovar a inadimplência de algumas comissões, pois é do reclamado, e não da reclamante, o dever de manter os documentos a respeito dos pagamentos. Pede, assim, a reforma da sentença.

Sem razão.

Como muitíssimo bem registrado em sentença e reconhecido pelas partes, muitos acordos sobre comissões eram realizados de forma verbal, sendo certo que a reclamada comprova, por meio dos documentos de ID. babda07; c820b3f; 9d66a5e; 6ca4e6f; c456b17; a5a4df2, a quitação de diversos valores a este título. Assim, cabia à reclamante comprovar a tratativa de comissões que supostamente não foram adimplidas, ônus do qual não se desincumbiu.

Sendo assim, não merece reparos a sentença, a qual passo a transcrever para que componha minhas razões de decidir:

"Alega a reclamante que várias comissões restaram inadimplidas e prometiam-se vantagens (comissões) que nunca vinham (ou vinham em parcelas mínimas). Diz que os valores de comissionamento variavam de 5% a 10% dos clientes prospectados sendo na maioria das vezes praticado o percentual de 5%, restando em aberto várias comissões.

Requer o pagamento das comissões inadimplidas e sua inclusão nas verbas salariais com seus consequentes reflexos nas verbas salariais.

A reclamada nega os fatos. Diz que procede ao pagamento de 5%, e não 10%, sobre os valores auferidos à título de honorários, ao advogado associado quando este celebra um contrato para a sociedade. Diz, ainda, que diversos pagamentos foram realizados a título de comissões, inclusive mediante o envio de relatórios detalhados que nunca foram questionados.

Por fim, diz que nunca firmou com a reclamante qualquer promessa de pagamento sobre o faturamento bruto anual da filial.

Pois bem.

Os documentos juntados com a defesa demonstram o efetivo pagamento de comissões, não havendo nos autos demonstração de diferenças ainda devidas.

Ressalto que muitos dos acordos feitos entre as partes acerca da participação da reclamante nos honorários advocatícios decorreram de reuniões, com acertos verbais, como relatado pela própria reclamante, matéria sobre a qual era seu o ônus de provar os fatos constitutivos.

Indefiro o pedido 6 da inicial."

Nego provimento.

DIFERENÇA SALARIAL

Afirma a reclamante que a OAB/ES possui tabela de honorários, na qual estatui o valor referencial para advogados empregados em "100 URH". Alega que, aplicando-se como base o último valor de URH, deveria seu salário ser de RR\$11.676,00, o que gera, portanto, o direito à percepção da diferença salarial pretendida na inicial. Pede a reforma da sentença ou, caso assim não entenda este Regional, que se fixe uma "remuneração justa" à autora.

Mais uma vez, a sentença merece ser prestigiada.

Como muito bem registrado na decisão, tabela de honorários divulgada pela OAB não impõe a adoção dos valores nela sugeridos, apenas serve como recomendação à classe profissional e o seu descumprimento gera, em tese, apenas infração administrativa, *verbis*:

"Aduz a reclamante que o escritório/reclamada não cumpriu com a Tabela estatuída pela OAB/ES quanto ao valor do seu salário, razão pela qual requerer o pagamento das diferenças salariais, sobre o valor mínimo estatuído pela OAB/ES vindo tais valores a subsidiar a base de cálculos de todas as verbas aqui pleiteadas e seus reflexos.

A reclamada nega os fatos. Diz que a Tabela da OAB não tem o condão de obrigar as partes.

Com razão a ré.

A tabela de honorários profissionais aprovada pela OAB não é impositiva, tratando-se de uma recomendação dirigida aos profissionais que compõem a classe profissional dos advogados. Eventual descumprimento da regra aprovada pela classe encerra tão somente infração administrativa.

Assim, rejeito o pedido 3 da inicial."

Acrescento que o artigo 19, da Lei 8.906/1994 dispõe que "O salário mínimo profissional do advogado será fixado em sentença normativa, salvo se ajustado em acordo ou convenção coletiva de trabalho". Desta forma, os valores de referência fixados pela OAB Seccional do Espírito Santo só obrigaria o reclamado caso estivesse previsto em acordo ou convenção coletiva.

Neste sentido, acompanhei voto recente do Exmo Desembargador José Carlos Rizk que foi Relator do RO 0001811-72.2014.5.17.0012 (Divisão da 1ª Turma, DEJT 19/12/2018).

Nego provimento.

SOBREAVISO

Eis a sentença guerreada, no particular:

"Aduz a reclamante que faz jus ao sobreaviso ante a nova redação da Súmula do TST, posto que permanecia sempre em contato com os clientes e sócios da empresa reclamada mesmo após o encerramento da jornada de trabalho, sendo obrigada a deixar seu celular acionado para receber as demandas, inclusive deixando de realizar viagens e passeios com sua família.

A reclamada nega os fatos.

Pois bem.

Tratando-se de fato constitutivo do direito vindicado, incumbe ao empregado comprovar o efetivo exercício de labor em regime de sobreaviso (art. 818/CLT, em conúbio com o art. 333, inc. I, CPC).

Foi realizada prova oral.

Em depoimento a reclamante disse que tinha um celular da empresa para atender todos os clientes e advogados do escritório; que o celular tocava muito; que começou a ter o celular depois de um ano e meio; que o escritório já chegou a pagar sua conta telefônica.

O preposto do réu disse que foi fornecido um chip para ela não ter despesa com o atendimento aos clientes; que o chip era passado para os clientes.

A primeira testemunha indicada pela reclamante disse que os clientes tinham acesso ao celular; que não tem como afirmar que fora do escritório era esse o celular; que a reclamante já comentou de cliente ligar a noite e responder e-mail; que a reclamante já lhe mandou e-mail à noite.

A segunda testemunha indicada pela reclamante disse que a reclamante tinha celular da empresa porque ela ficava a disposição do escritório para viajar no final de semana, porque ela trabalhava com licitação; que o número de telefone era fornecido aos clientes; que já viajou com a reclamante em 2 oportunidades.

A segunda testemunha indicada pelo reclamado disse que não tem celular; que não sabe se a reclamante tinha celular fornecido pela empresa.

Ora, o quadro fático relatado pela petição inicial e pelos depoimentos ouvidos não se assemelha a um efetivo plantão ou algo equivalente, condição essencial para o reconhecimento do sobreaviso.

O C. TST já pacificou, através da Súmula nº 428, os critérios para a caracterização do sobreaviso:

'SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.'

O sobreaviso, na forma do art. 244, § 2º, da CLT e da Orientação Jurisprudencial nº 49 da SBDI I do C.TST, configura-se pela permanência do empregado, em sua residência, aguardando, a qualquer momento, ordem para o serviço. Não basta, portanto, que o empregado possua um aparelho celular, nem mesmo que receba chamados através dele, sendo fator determinante o cerceio do direito de locomoção.

Nesse sentido, segue a seguinte Ementa do C.TST:

HORAS DE SOBREAVISO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O EMPREGADO PERMANECIA EM REGIME DE PLANTÃO/ESPERA. SÚMULA Nº 428 DO TST. A matéria está pacificada no âmbito desta Corte, com a edição da Súmula nº 428 do TST (que decorreu da conversão da Orientação Jurisprudencial nº 49 da SBDI-1), alterada, posteriormente, por ocasião da 'Semana do TST', que resultou em nova redação que lhe foi conferida pela Resolução nº 185/2012 desta Corte, publicada no Diário de Justiça Eletrônico divulgado, nos dias 25, 26 e 27 de setembro de 2012, com o seguinte teor, in verbis: 'SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART.

244, PARÁGRAFO 2º, DA CLT. I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II - Considera-se de sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso". A aplicação analógica do artigo 244, § 2º, da CLT a outras categorias profissionais que não contenham disposição específica a respeito e a consequente caracterização do regime de sobreaviso exigem, ainda que potencialmente, a restrição da plena liberdade pessoal do empregado de se locomover, aguardando, a qualquer momento, o chamado para o serviço. Assim, o uso de telefone celular, a exemplo do aparelho de BIP, por si só, não configura o regime de sobreaviso, podendo, pois, deslocar-se livremente ou até dedicar-se a outra atividade em seu período de descanso. Todavia, no caso de o trabalhador efetivamente cumprir escalas de sobreaviso, ficando caracterizada a restrição de sua locomoção, podendo ser chamado para prestar serviço a qualquer momento, é devido o pagamento do período de sobreaviso. Essa, contudo, conforme se extrai do acórdão impugnado, não é a hipótese dos autos, uma vez que não ficou comprovado que o reclamante permanecia em regime de plantão, conforme exige a Súmula nº 428, item II, do TST. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 4365920135090411, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 14/03/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/03/2018)

Bom, no presente caso, não há prova nos autos que demonstram que a reclamante ficava de prontidão ao aguardo de ordens do seu empregador, com limitação ou restrição de locomoção, conforme art.244, §2º CLT.

Assim, aplicando a súmula acima, rejeito o pedido 12 da inicial."

Inconformada, a reclamante alega que demonstrou nos autos que sempre esteve à disposição do reclamado após o expediente, em regime de plantão, recebendo diversas demandas de clientes e de seus superiores hierárquicos, por meio de celular fornecido pelo réu. Afirmar que responder aos clientes era uma obrigação imposta pelos superiores. Sustenta que "a disponibilidade da Recorrente, que se mantinha em constante estado de alerta, e era frequentemente acionada após sua jornada, se dava para atender clientes ao telefone, promover retorno com parecer jurídicos imediatos (orientações jurídicas), auxiliar os colegas na confecção de peças e teses, redigir peças etc, atividades tais que não demandavam o essencial retorno à sede da recorrida, mas que por óbvio mantinha a recorrente privada da desconexão do meio telemático fornecido pela Recorrida."

Pede a reforma da sentença, com consequente condenação do reclamado no pagamento do sobreaviso, nos termos pleiteados na inicial, ou seja, duas horas antes e duas horas depois da jornada habitual, perfazendo um total de 4 horas diárias.

Vejamos.

A prova oral é uníssona em informar que o reclamado forneceu celular à reclamante. O preposto da ré confirma que o aparelho foi dado à autora para que ela atendesse e ligasse para clientes. A primeira testemunha da autora informa que além do telefone móvel, ela tinha um notebook, e que recebia ligações e respondia emails à noite. A 2ª testemunha da reclamante informou que esta tinha celular fornecido pelo réu pois necessitava ficar à disposição do escritório, que o número era fornecido para os clientes que entravam em contato com ela diretamente, sendo comum a demanda de trabalho fora da jornada.

Portanto, no presente caso, é certo o fornecimento pela empresa de aparelho celular à empregada para contato após a jornada ordinária, na qual que permanecia à disposição do empregador, resguardado seus interesses, atendendo clientes, o que configura o sobreaviso, mediante interpretação analógica do art. 244, §2º, da CLT.

Ora, e ainda que a autora não ficasse "trancada" em casa, a possibilidade de ser chamada a qualquer momento tolhia a sua liberdade.

Com efeito, o uso de celular é capaz de caracterizar o sobreaviso. Tradicionalmente, horas de sobreaviso são aquelas em que o empregado ferroviário efetivo permanece em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Nesses momentos, o obreiro tem sua liberdade de locomoção relativamente restringida, já que é obrigado a permanecer em sua residência, à espera de chamado para o serviço. Além da limitação física, há, ainda, a psicológica, pois ele não relaxa, na expectativa de receber, a qualquer instante, o chamado do empregador. Dado a isso, as horas são remuneradas, independentemente do chamado.

É possível a aplicação analógica do artigo 244, §2.º, da CLT, no caso de fornecimento de aparelho celular pelo empregador ao empregado, em função do serviço. Nesse sentido leciona o Ministro Maurício Godinho Delgado, em sua obra Curso de Direito do Trabalho, 7.ª Edição, Ed. LTr, p. 846:

"O avanço tecnológico tem propiciado situações novas que suscitam debate acerca da possibilidade de incidência analógica da figura especial do tempo de sobreaviso. **É o que se passa com a utilização, pelo empregado, fora do horário de trabalho, de aparelhos de comunicação, como BIPs, pagers ou telefones celulares - instrumentos que viabilizariam seu contato imediato com o empregador e conseqüente imediato retorno ao trabalho.**

(...) O argumento em favor da aplicação da figura celetista do tempo de sobreaviso respalda-se no juízo de que **tais aparelhos colocariam, automaticamente, o trabalhador em posição de relativa disponibilidade perante o empregador, 'aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço' (§2.º, art. 244, CLT). Esse contingenciamento à plena liberdade de locomoção do obreiro, ainda que potencialmente, é que aproximaria essa moderna situação vivenciada por certos trabalhadores àquele tipo legal construído pelo parágrafo segundo do artigo 244 da CLT."**

Ora, se a empresa fornece aparelho celular ao empregado em função do serviço, o trabalhador, subordinado que é, se vê na obrigação de mantê-lo ligado, colocando-se automaticamente em posição de disponibilidade perante o empregador, tendo sua liberdade restringida, física e psicologicamente, mesmo nos momentos de folga.

Sobre o tema, vale ainda citar as considerações do sociólogo da Universidade de Leeds, Z.

Baumann:

"O advento do celular tornou possível a situação de alguém estar sempre à inteira disposição do outro; na verdade, trata-se de uma expectativa e de um postulado realista, uma demanda difícil de recusar, porque se supôs que sua satisfação, por fortes razões objetivas, era impossível. Pelas mesmas razões, a entrada da telefonia móvel na vida social eliminou, para todos os fins práticos, a linha divisória entre tempo público e tempo privado; entre espaço público e espaço privado; casa e local de trabalho; tempo de trabalho e tempo de lazer; 'aqui' e 'lá'. O proprietário de um telefone celular está sempre e em toda a parte ao alcance dos outros, está sempre 'aqui', sempre ao alcance da mão.

A telefonia móvel no mínimo estraçalhou todas as linhas divisórias da capacidade de parar e deter, tornando fácil e plausível a eliminação ou violação dessas fronteiras - pelo menos do ponto de vista técnico. 'Estar ausente' não é, não pode e não deve mais ser equivalente a 'estar fora do alcance'. Claro que sempre se pode esquecer o celular em cima da mesa antes de sair, perdê-lo ou não achá-lo a tempo. Mas todas essas explicações para não atender ao chamado do telefone são agora vistas como sinais de negligência, insubordinação, indiferença condenável e ofensiva, afronta e outras falhas subjetivas, ou demonstrações de má vontade.

Os telefones celulares são o fundamento técnico da suposição de constante acessibilidade e disponibilidade. A suposição de que a condição humana em geral da modernidade líquida, a condição de 'lobos solitários sempre em contato', já foi viabilizada e se converteu em 'norma', tanto no segundo quanto no primeiro aspecto." (BAUMAN, Zygmunt. 44 Cartas do Mundo Líquido Moderno. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 44/45).

Em acréscimo à fundamentação acima exposta, trago à baila o entendimento do Exmo. Ministro José Roberto Freire Pimenta, do egrégio TST, proferido na sessão de julgamento do processo TST-AIRR-1586-10.2010.5.02.0077 da Colenda 2ª Turma realizada na data de 21/10/2015, quando da apreciação do Recurso de Revista do feito, registrando que a Súmula 428, II, da Corte Superior, "alterou profundamente o entendimento que até então existia quanto ao tema, que limitava bastante a possibilidade de condenação ao pagamento do sobreaviso quando se tratava da situação do empregado que não precisava ficar em sua residência porque tem o celular e, portanto, tem certa liberdade de locomoção; não para áreas não servidas pelo celular, esse é o limite técnico e geográfico do novo entendimento". Com as alterações trazidas pelo verbete sumular, o obreiro, segundo o Julgador, "não precisa ficar em sua casa, como antes no sobreaviso dos ferroviários, aplicação analógica".

Em acréscimo à fundamentação acima exposta, trago à baila o entendimento do Exmo. Ministro José Roberto Freire Pimenta, do egrégio TST, proferido na sessão de julgamento do processo TST-AIRR-1586-10.2010.5.02.0077 da Colenda 2ª Turma realizada na data de 21/10/2015, quando da apreciação do Recurso de Revista do feito, registrando que a Súmula 428, II, da Corte Superior, "alterou profundamente o entendimento que até então existia quanto ao tema, que limitava bastante a possibilidade de condenação ao pagamento do sobreaviso quando se tratava da situação do empregado que não precisava ficar em sua residência porque tem o celular e, portanto, tem certa liberdade de locomoção; não para áreas não servidas pelo celular, esse é o limite técnico e geográfico do novo entendimento". Com as alterações trazidas pelo verbete sumular, o obreiro, segundo o Julgador, "não precisa ficar em sua casa, como antes no sobreaviso dos ferroviários, aplicação analógica".

Embora este Relator entenda que o mero fornecimento de aparelho celular pelo empregador ao empregado em função do serviço já rende ensejo ao pagamento de horas em sobreaviso, eis que configurada restrição de sua liberdade, o caso dos autos supera tal situação, pois o quadro fático comprovado nos autos demonstra que a autora,

efetivamente, permanecia à disposição da empresa, resguardando seus interesses, submetido a controle por instrumentos telemáticos ou informatizados (*in casu*, o celular), sendo acionada diversas vezes para resolver problemas relacionados ao réu fora do horário de trabalho, enquadrando-se no desenho da Súmula 428 desta Corte.

Destaco que a concessão na base de quatro horas diárias (de segunda a sexta-feira) mostra-se razoável diante do teor da prova oral colhida.

Esclareço que as horas de sobreaviso não se confundem com as horas extras, sendo remuneradas na forma do art. 244 da CLT, que estabelece que serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal.

Assim, dou provimento ao recurso obreiro para condenar o reclamado a pagar à autora as horas de sobreaviso à razão de 1/3 da hora normal de trabalho da obreira, considerando os dias úteis, de segunda a sexta-feira, durante toda a contratualidade, por 4 horas diárias, mais reflexos sobre aviso prévio, repouso semanal remunerado, férias + 1/3, 13º salário e FGTS + multa de 40%. Deverão ser observados na liquidação a evolução salarial da autora e o divisor 100 para o cálculo do valor da hora normal, excluindo-se dos cálculo de liquidação os comprovados períodos de afastamento de qualquer natureza.

MULTA DO ARTIGO 467, DA CLT

Reitera a reclamante o pleito de condenação do réu no pagamento da multa em epígrafe, ante o reconhecimento do vínculo empregatício.

Tem razão.

Para que se tenha por legítima a dúvida acerca do direito controvertido há que se ponderar sobre a razoabilidade dos fatos que ensejaram a necessidade da solução judicial. Tratando-se de clara fraude aos direitos do trabalhador, deixa de existir fundamento legal para a consecução de efeitos lícitos, consoante o disposto no art. 9º, da CLT, não sendo escusáveis as penalidades.

Como **no presente caso a controvérsia gira, essencialmente, sobre o reconhecimento do vínculo empregatício**, não se pode dar contornos de licitude a um ato ilícito! Assim, fraude não pode ensejar controvérsia e, tampouco, elisão de mora.

Dou provimento ao apelo para, reformando a sentença, condenar o reclamado no pagamento da multa prevista no artigo 467, da CLT.

DANO MORAL

Defende a reclamante ter sofrido assédio moral, pois o reclamado sempre lhe exigiu dedicação de forma exagerada e desproporcional, trabalhando em jornada extensa, sem receber as comissões efetivamente devidas. Diz que seu superior hierárquico alijou-a de seu trabalho no final da contratação. Pede a reforma da sentença, com condenação do réu no pagamento de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de dano moral.

Pois bem.

No que toca à causa de pedir relacionada às comissões, como visto alhures, a autora não se desincumbiu de comprovar a não quitação integral das parcelas, não havendo falar em dano moral, neste particular.

Quanto à alegação de que seu superior hierárquico deixou-a alijada de suas responsabilidades laborais no final do contrato, a prova oral não me convence a respeito. A primeira testemunha da reclamante afirma que achou estranho, já no final do contrato mantido entre o réu e a autora, que o superior hierárquico, em algumas situações, passou a não se reportar a ela, como sempre fazia, antes de demandar os demais advogados. Disse que viu acontecer uma reunião que a autora não participou, o que também achou incomum, mas não soube o motivo; e que, após a contratação de outro advogado, o Dr. Diego, as funções entre eles (autora e Dr. Diego) passaram a se confundir. A segunda testemunha do réu não notou diferenças de relacionamento entre o Superior hierárquico e a autora, disse que só deixou de se reportar à autora quando o escritório manteve uma coordenadora na área cível, que era a área de atuação da depoente. Não constato assédio moral nesses fatos, nem que a autora tenha sido alijada de suas funções.

Sendo assim, não há falar em indenização por dano moral decorrente das alegações acima.

Porém, quanto à jornada exaustiva, dou razão à reclamante.

Restou comprovado que a reclamante laborava em jornada excessiva, muito além das 4 horas diárias e 20 semanais permitidas para sua profissão! Certamente, o labor nestas condições expôs a reclamante a danos de ordem psíquica e moral, eis que privada de horas de lazer e do convívio familiar.

Neste diapasão, a recente jurisprudência tem entendido que, quando o obreiro tem sua vida pessoal e social limitada em razão de condutas ilícitas praticadas por seu empregador, que exige cumprimento de extensa jornada de trabalho, há a configuração do chamado "dano existencial", que é espécie de dano imaterial.

Nesta esteira, é direito do trabalhador e obrigação constitucional da empresa a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII, da CF), devendo o empregador, no ambiente de trabalho, não impor cobrança de forma que extrapolem o limite do razoável, afastando um ambiente geral de trabalho nocivo à saúde psíquica de seus empregados.

O ser humano necessita de tempo livre, para bem desenvolver sua personalidade e suas relações interpessoais. O trabalho não pode privar o obreiro do contato com sua família e seus amigos. Apesar de o lazer ser relegado a segundo plano na sociedade capitalista, em que prepondera o ter sobre o ser, é certo que ele não pode ser desprezado, sob pena de sacrifício do bem-estar do indivíduo e do próprio equilíbrio social. Sobre o direito ao lazer, assim nos ensina Calvet:

"Ora, se o lazer constitui direito fundamental, a melhor interpretação a ser dada aos institutos que podem afetar o gozo desse direito deve sempre levar em conta sua preservação. No caso, não há dúvida de que a plenitude do lazer, do ponto de vista tradicional, depende da proteção do tempo livre de que goza o empregado após o cumprimento de suas atividades profissionais, donde se conclui que nada justifica uma interpretação que permita a prática excessiva de trabalho sob pena de se suprimir o gozo do lazer." (CALVET, Otávio Amaral. Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho, 1ª ed., Rio de Janeiro: LTR, 2006, p. 89-117)

Também nesse sentido, o Exmo. Juiz do Trabalho Oscar Krost conclui:

"Resta invadida a esfera volitiva do homem, não lhe sendo assegurado o direito de optar por prestar ou não serviços. Sua vida provada acaba tangenciada, inviabilizando a plena disposição do tempo livre, assim entendido o alheio à jornada contratada. Com isso, ocorre o deslocamento a um plano secundário da busca pela realização da vida digna e a consecução da efetividade dos direitos ao lazer, ao convívio familiar, à felicidade, alguns dos quais arrolados no art. 6º da Constituição." (KROST, Oscar. Releitura do conceito de atividade externa incompatível com fixação de horário: uma abordagem vinculada aos direitos fundamentais. Florianópolis: Revista do TRT da 12ª Região, v. 14, n. 23, 2007, p. 275).

Portanto, a jornada excessiva exigida do trabalhador implica na violação a garantias constitucionais, sujeitando-o à constante conexão com o trabalho. Dentre essas garantias, tem-se o direito ao lazer, cuja aplicabilidade é assegurada, especialmente pela sua eficácia horizontal imediata, enquanto direito fundamental previsto constitucionalmente, de grande valor e que se irradia tanto ao direito saúde, quanto à dignidade da pessoa do trabalhador.

Portanto, diante da impossibilidade de a autora usufruir de seus direitos legalmente assegurados, é clara a afronta aos direitos da personalidade.

Como adverte Sebastião Geraldo de Oliveira, "o trabalho é um meio de ganhar e não de perder a vida. O trabalhador é muito mais valioso (a vida não tem preço!) do que a máquina sofisticada utilizada na empresa e devia receber do empregador, pelo menos, atenção semelhante" (Sebastião Geraldo de Oliveira, in Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador).

Assim, a expressão dano moral compreende todo o patrimônio imaterial do ser humano, podendo ser resumido no trinômio corpo, mente e psique. Tudo que viola pelo menos um desses três elementos é considerado dano moral.

O dano, *in casu*, é decorrente do próprio fato (*damnum in re ipsa*) e não há necessidade de prova de prejuízo concreto, até porque a tutela jurídica, neste caso, incide sobre um interesse imaterial (art. 1º, III, da CF). Esse tem sido o entendimento doutrinário. Isso é notório na lição de YOUSSEF SAID CAHALI, ao aduzir que:

"A concepção atual da teoria da reparação de danos morais orienta-se no sentido de que a responsabilidade do agente se opera por força do simples fato da violação 'damnum in re ipsa', verificando o evento danoso, surge, 'ipso facto', a necessidade da reparação. Corolário dessa orientação é o entendimento de que não que se cogitar de prova do dano moral."

Quanto à possibilidade de se prescindir da prova, CARLOS ALBERTO BITTAR informa, também alhures, que: O dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva. Surge "ex facto", ao atingir a esfera do lesado, provocando-lhe as reações negativas... Nesse sentido é que se fala em "damnum in re ipsa". Ora trata-se de presunção absoluta, "iuris et de iure", como a qualifica a doutrina. Dispensa, portanto, prova em concreto. Com efeito, o corolário da orientação traçada é o entendimento de que não há que se cogitar de prova do dano moral. Não cabe ao lesado fazer demonstração de que sofreu, realmente, o dano moral alegado... Esses reflexos são normais e perceptíveis a qualquer ser humano [...]. Por esses sulcos é que vem trilhando doutrina e jurisprudência, tanto no exterior, como em nosso País... essas orientações se acham compatibilizadas com os objetivos visados pelo constituinte, ou seja, de conferir tutela jurídica efetiva a direitos fundamentais da pessoa humana.

A lesão descrita configura uma violação a um dos direitos da personalidade, qual seja: a honra. E a violação à honra subjetiva configura dano moral.

Para Savatier, dano moral "é qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc". (Traité de La Responsabilité Civile, vol.II, nº 525, in Caio Mario da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, Editora Forense, RJ, 1989).

De acordo com o jurista Minozzi, um dos doutrinadores Italianos que mais defende a ressarcibilidade, dano Moral "é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a aflição física ou moral, em geral uma dolorosa sensação provada pela pessoa, atribuindo à palavra dor o mais largo significado". (Studio sul Danno non Patri moniale, Danno Morale, 3ª edição, p. 41).

Por conseguinte, faz jus a autora a uma indenização, já que a jornada excessiva provocou lesão a seu patrimônio moral, uma vez que configura violação da sua honra, do seu nome, da sua boa fama, da sua autoestima e do apreço de que goza perante terceiros, trazendo claros danos psicológicos.

A indenização possui natureza jurídica compensatório-punitiva e visa compensar financeiramente a dor sofrida pelo lesado, tendo por finalidade punir o lesante.

Com efeito, a quantia a ser encontrada deve ser quantificada de acordo com o prudente critério do magistrado e não pode ser tão elevada a ponto de gerar um enriquecimento sem causa para o lesado e, também, não pode ser tão ínfima que não sirva de lição ao lesante, para que tenha receios e não pratique mais a conduta lesiva.

Assim, quando da fixação do valor da indenização, com base no art. 944 do Código Civil, deve-se estipular uma quantia que, considerando a extensão do dano, tenha caráter pedagógico-punitiva para o infrator e compensatória para a vítima, não podendo ser meio de enriquecimento para um, e de ruína para outro, devendo atender ao seu caráter compensatório, pedagógico e preventivo.

A Lei 13.467/2017 introduziu na CLT o artigo 223, letra C, disciplinando o dano moral (ou extrapatrimonial). São objetivamente protegidos como bens morais do trabalhador a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física. Tal regra, neste aspecto, apenas reafirma critérios que este Relator já observava, não sendo relevante, portanto, que a presente lide seja anterior à nova disposição legal.

Sopesados tais requisitos, os fatos comprovados nos autos, o poder econômico das rés e, ainda, a média remuneratória da autora, entendo que o dano causado tem natureza leve, sendo devida a reparação no importe de R\$5.000,00 (cinco mil reais). Juros de mora e correção monetária na forma da Súmula 439 do TST. Por ser verba de natureza indenizatória, não incidem descontos fiscais e previdenciários.

Dou parcial provimento.

Arbitro novo valor à condenação, qual seja, R\$70.000,00 (setenta mil reais), com custas pelo reclamado.

3. CONCLUSÃO

Acordam os Magistrados da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, na Sessão Ordinária Telepresencial realizada em 17 de novembro de 2020, às 13h30min, sob a Presidência do Exmo. Desembargador Gerson Fernando da Sylveira Novais, com a participação do Exmo. Desembargador Cláudio Armando Couce de Menezes, do Exmo. Desembargador Mário Ribeiro Cantarino Neto e da Exma. Procuradora do Trabalho, Dra. Maria de Lourdes Hora Rocha, por unanimidade, conhecer parcialmente o recurso do reclamado; rejeitar a preliminar suscitada pelo réu em contrarrazões e conhecer do recurso ordinário da reclamante; no mérito, negar provimento ao recurso do réu; e, por maioria, dar parcial provimento ao recurso da autora, nos termos da fundamentação exposta no voto do Relator. Vencido, no apelo obreiro, quanto às horas extras, à multa do art. 467 da CLT e à indenização por dano moral, o Exmo. Desembargador Mário Ribeiro Cantarino Neto. Arbitrado novo valor à condenação, qual seja, setenta mil reais, com custas pelo réu. Presença do Dr. José Carlos Rizk Filho, advogado da reclamante.

CLÁUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES
Desembargador Relator



Assinado eletronicamente por: [CLAUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES] - 50ec13c
<https://pje.trt17.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



Documento assinado pelo Shodo