



**Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho - 10ª Região**

Acórdão do(a) Exmo(a) **Desembargador Brasilino Santos Ramos**

Processo:	01932-2012-009-10-00-4 RO (Acórdão 2ª Turma)
Origem:	9ª Vara do Trabalho de BRASÍLIA/DF
Juiz(a) da Sentença:	Tamara Gil Kemp
Relator:	Desembargador Brasilino Santos Ramos
Revisor:	Desembargador João Amílcar
Julgado em:	11/09/2013
Publicado em:	20/09/2013 no DEJT
Recorrente:	Jose Neto Pereira de Souza
Advogado:	Magda Ferreira de Souza
Recorrente:	Net Brasilia Ltda (Recurso Adesivo)
Advogado:	José Henrique Cançado Gonçalves
Recorrido:	Os Mesmos

Ementa

- 1. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. SUBMISSÃO A CONTROLE DE JORNADA.** Era ônus do autor demonstrar que no desempenho das atividades de vendedor estava sujeito a controle/fiscalização de horário de trabalho (CPC, artigo 333, I), em face da presunção de que o labor externo não se sujeita a fiscalização de jornada por parte do empregador. Assim, não tendo o obreiro se desincumbido de seu mister, mostram-se indevidas as horas extraordinárias postuladas.
- 2. SOBREAVISO.** O mero uso de BIP ou qualquer outro aparelho de comunicação não tem o condão de autorizar a condenação do empregador à jornada de sobreaviso. É necessário que sobressaia o tolhimento da liberdade de locomoção do empregado, o que não restou comprovado no presente caso.
- 3. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.** A reparação por dano moral ou material decorrente do contrato de trabalho pressupõe um ato ilícito ou um erro de conduta do empregador ou de seu preposto, um dano suportado pelo ofendido e um nexo de causalidade entre o comportamento antijurídico do primeiro e o prejuízo suportado pelo último. No caso, inexistindo elemento capaz de confirmar as alegações iniciais acerca das humilhações e do monitoramento abusivo por parte da reclamada, mostra-se correta a r. Decisão de origem ao indeferir a indenização postulada.
- 4. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. BASE DE CÁLCULO DAS VERBAS RESCISÓRIAS. SALÁRIO FIXO + COMISSÃO. NÃO OBSERVÂNCIA PELO EMPREGADOR. DIFERENÇAS SALARIAIS. DEVIDAS.**
- 5. MULTA DOS ARTS. 467 E 477, § 8º, DA CLT. PENALIDADE INDEVIDAS.**
- 6. Recurso do reclamante parcialmente conhecido e desprovido. Recurso da reclamada conhecido e parcialmente provido.**

Relatório

A MM. 9.^a Vara do Trabalho de Brasília/DF, mediante r. sentença proferida pela Exma. Juíza Tamara Gil Kemp, julgou procedentes em parte os pedidos formulados na inicial, consoante fundamentação expendida a fls. 156/166.

Interpõe recurso ordinário o reclamante (a fls. 169/180). Em sede preliminar, requer que reconhecida a confissão ficta da reclamada. Na questão de fundo, busca a condenação da acionada ao pagamento das horas extras, dos intervalos e dos períodos de sobreaviso postulados na exordial. Almeja, por fim, que seja deferida a indenização pelos danos morais suportados.

A reclamada, por sua vez, recorre a fls. 183/195. Almeja a exclusão do pagamento das diferenças de verbas rescisórias, FGTS e das multas previstas nos artigos 467 e 477 da CLT.

Foram apresentadas contrarrazões pela demandada, a fls. 200/210, e pelo demandante, a fls. 215/218.

Dispensada a intervenção do Ministério Público do Trabalho, na forma regimental.

É o relatório.

Voto

1. ADMISSIBILIDADE (análise conjunta de ambos os apelos)

Preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço dos apelos, porém apenas de forma parcial do recurso do reclamante.

Não conheço da preliminar de confissão ficta, em face da preclusão. Isso porque o alegado vício de representação da preposta da demandada foi suscitado somente nesta fase recursal, e não em momento oportuno, na ocasião em que foi trazida as autos a carta de preposto.

2. MÉRITO (análise conjunta de ambos os apelos)

2.1 HORAS EXTRAS. INTERVALO. REFLEXOS (recurso do reclamante)

Relatou o obreiro, na exordial, que cumpria jornada de trabalho das 7:00h às 18:00h, de segunda a sexta-feira, e das 7:00h às 14:00h, aos sábados, com apenas 20 minutos de intervalo. Pleiteou, assim, o pagamento de horas extras, inclusive pela inobservância do intervalo mínimo para descanso e refeição.

A reclamada refutou o pleito ao argumento de que o autor executava serviço externo, não estando sujeito a qualquer controle de jornada, nos termos do art. 62, I, da CLT.

O MM. Juízo originário indeferiu a pretensão autoral ao argumento de que o reclamante, além de estar enquadrado no art. 62, I, da CLT, não comprovou a jornada de trabalho declinada na exordial.

Em recurso, o recorrente insiste no pagamento das horas extras. Aduz que seus horários de labor eram rigorosamente controlados pela reclamada. Diz que como a acionada não contestou os horários de labor declinados na exordial, deve prevalecer a jornada de trabalho relatada na inicial.

Por certo que a aferição da efetiva jornada de trabalho cumprida pelo empregado pressupõe, necessariamente, a possibilidade de que a prestação de serviços ou o período de disponibilidade perante a empresa sejam controlados e fiscalizados pelo empregador. Assim sendo, as jornadas não passíveis de controle não ensejam o pagamento de horas extraordinárias, uma vez que não se pode estimar qual é o período de efetiva prestação laboral (CLT, artigo 62, I).

Na lição de Delgado, Maurício Godinho:

"A ordem jurídica reconhece que a aferição de uma efetiva jornada de trabalho cumprida pelo empregado supõe um mínimo de fiscalização e controle por parte do empregador sobre a prestação concreta dos serviços ou sobre o período de disponibilidade perante a empresa. O critério é estritamente prático: trabalho não fiscalizado nem minimamente controlado é insuscetível de propiciar a aferição da real jornada laborada pelo obreiro - por essa razão é insuscetível de propiciar a aferição da prestação (ou não) de horas extraordinárias pelo trabalhador." (In Curso de Direito do Trabalho, LTr, 5.^a Edição, páginas 874/875.)

No caso em exame, é incontroverso o labor em atividade externa (vendedor, a fls. 79/81). Assim, cumpre perquirir a existência de controle de horário de trabalho, apta a possibilitar a fiscalização/verificação da efetiva jornada de trabalho desenvolvida pelo empregado e, por conseguinte, a apuração de eventuais horas extras prestadas.

Diga-se, ainda, que é ônus do autor demonstrar que no desempenho das atividades de vendedor estava sujeito a controle de horário de trabalho (CPC, artigo 333, I), em face da presunção de que o labor externo não se sujeita a fiscalização de jornada por parte do empregador.

Analisando a prova oral produzida, verifica-se que o reclamante não se desincumbiu de seu mister.

Com efeito, o próprio reclamante confessa que o controle indireto realizado por parte da reclamada – por meio do número de visitas diárias realizadas com a utilização de celular dotado de CPS – era ineficaz e facilmente burlado pelos trabalhadores, na medida em que os vendedores podiam desligar o celular a qualquer momento.

Reconheceu o ouvinte, inclusive, que a sua coordenadora o flagrou, juntamente com outros vendedores, em momento de confraternização, durante o horário de expediente, na casa de um colega, no Recanto das Emas, área que não tem cobertura pela demandada (a fls. 150).

Diga-se, outrossim, que a própria testemunha do autor atestou que era comum os empregados da empresa saírem durante o horário de expediente para resolver problemas pessoais e almoçar em casa (a fls. 151).

Assim, comprovado nos autos que o reclamante trabalhava externamente e não tinha suas atividades rigorosamente fiscalizadas pela empregadora, mostra-se correta a r. Decisão de origem reconhecer a aplicação do art. 62, inc. I, da CLT e indeferir as horas extras, intervalos e reflexos postulados.

De mais a mais, insta salientar que, consoante bem analisado pela i. Magistrada de origem, o reclamante sequer comprovou a jornada de trabalho relatada na exordial, na medida em que a testemunha autoral, além de não trabalhar junto ao reclamante, apresentou depoimento contraditório ao do autor (a fls. 151). Dessa forma, é inviável a apuração de eventuais horas extras prestadas.

Nesse ponto, salienta-se que não se pode desprezar o princípio da imediatidade, que valoriza o contato do juiz com os sujeitos processuais e suas declarações, permitindo-lhe "examinar reações e extrair impressões que a leitura fria da transcrição dos depoimentos não revela" (MARCATO, Antônio Carlos (coordenador). Código de Processo Civil Interpretado. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 389).

Diante do exposto, nego provimento ao apelo, no particular.

2.2 SOBREAVISO (recurso do reclamante)

Com arrimo na prova oral, o MM. Juízo originário indeferiu o pedido de pagamento de horas de sobreaviso.

Insiste o reclamante nessa verba. Aduz que desde a sua contratação laborava em sistema de sobreaviso, "a fim de permitir o contato da empresa a qualquer momento" (a fls. 178).

Sem razão.

O mero uso de BIP ou qualquer outro aparelho de comunicação não tem o condão de autorizar a condenação do empregador à jornada de sobreaviso. É necessário, ainda, que, sobressaia o tolhimento da liberdade de locomoção do empregado, ao permanecer à disposição para qualquer atendimento.

No caso, nada se disse sobre a impossibilidade de "ir e vir" do obreiro.

Diga-se, ademais, que a testemunha patronal é clara ao asseverar que após o expediente era permitido que os empregados desligassem os celulares.

Tal fato, vai em direção a assertiva de defesa no sentido de que o obreiro não permanecia em regime de plantão aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso (Inteligência da Súmula nº 428 do col. TST).

Nego, portanto, provimento.

2.3 DANOS MORAIS. (recurso do reclamante)

Narrou o reclamante, na exordial, que teve sua privacidade invadida pela reclamada, na medida em que a ré p vigiava dentro e fora do horário de expediente, por intermédio do celular dotado de GPS. Acrescentou que foi ridicularizado perante os demais funcionários com informações sobre locais que havia frequentado. Entende que teve violada a sua intimidade, bem como foi exposto a tratamento degradante. Busca, assim, o pagamento

de indenização por danos morais.

A sentença recorrida indeferiu a indenização postulada sob a fundamentação de que o reclamante não comprovou a existência de circunstâncias hábeis a caracterizar o assédio moral.

Irresignado o recorrente aduz que a prova constante nos autos atesta as situações vexatórias vivenciadas no ambiente de labor.

Nos termos do art. 5.º, incs. V e X, da Constituição da República, todo aquele que por culpa ou dolo infringir direito à honra ou à imagem de outrem fica compelido a indenizar-lhe o prejuízo, porque a honra, a imagem e a intimidade de qualquer pessoa são invioláveis.

O dano moral, como é cediço, resulta de lesão a direito da personalidade, repercutindo na esfera intelectual do indivíduo. Atinge aspectos imateriais e intangíveis, de conteúdo sentimental e valorativo, intrínsecos à pessoa humana, vertendo-se para os direitos personalíssimos e absolutos implicando dever geral de abstenção, sendo indisponíveis, intransmissíveis e invioláveis.

A reparação por dano moral decorrente do contrato de trabalho pressupõe um ato ilícito ou um erro de conduta do empregador ou de seu preposto, um dano suportado pelo ofendido e um nexo de causalidade entre o comportamento antijurídico do primeiro e o prejuízo suportado pelo último.

No plano infraconstitucional, art. 186 do Código Civil, o direito à indenização por dano moral exsurge a partir da constatação da presença simultânea do dano, do nexo causal e da culpa ou dolo do réu.

Por outro lado, os princípios norteadores do Direito do Trabalho e, bem assim, do contrato de trabalho encontram arrimo no princípio da boa-fé, devendo ele sempre ser observado, a fim de que não sejam cometidos abusos e desvios de poder no exercício do poder empregatício.

Este poder é definido por Maurício Godinho Delgado como sendo "o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços" (Curso de Direito do Trabalho. 2009. São Paulo: LTR, 8ª ed. p. 590).

O caput do art. 2º da CLT contempla referido poder, sob uma de suas modalidades, qual seja, o poder diretivo do empregador, prerrogativa que se manifesta mediante o controle, a vigilância e a fiscalização dos empregados.

Não se duvida, porém, que esse poder encontra limites, inclusive previstos em âmbito constitucional. Com efeito, o Texto Fundamental (art. 5º, caput, inc. II, LIII, LIV e X), como se observou acima, protege a privacidade, a honra e a imagem, impedindo condutas que violem a dignidade da pessoa humana.

Dessarte, autoriza-se afirmar ser defesa a prática de atos que importem em lesão aos direitos da personalidade do empregado.

Alexandre Agra Belmonte sobre o tema pondera:

"[...] conclui-se que o direito à propriedade do empregador, do qual resulta o poder diretivo, de um lado, e o direito à intimidade do empregado, de outro, têm por limite a dignidade do empregado. Mas ambos precisam, diante das características próprias e especiais das relações de trabalho, ser exercidos conforme as necessidades do serviço, o que justifica a harmonização ou a prevalência diante da máxima operacionalidade, conforme as circunstâncias." (O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2004, vol. 68, n.º 9, p. 1.034/1.035.)

Acerca do assédio moral, no que interessa ao Direito do Trabalho, leciona Marie France Hirigoyen que a figura em foco é todo "comportamento abusivo (gesto, palavra e atitude) que ameaça, por sua repetição, a integridade física ou psíquica de uma pessoa, degradando o ambiente de trabalho. São microagressões, pouco graves se tomadas isoladamente, mas que, por serem sistemáticas, tornam-se destrutivas" (Caderno "Empregos" do Jornal Folha de São Paulo.)

Dessarte, caracteriza o assédio moral a prática reiterada ou sistemática por parte de superiores hierárquicos ou colegas de trabalho de atos tendentes a minar a dignidade ou a integridade mental ou física do trabalhador, geralmente culminando no desligamento do trabalho.

Assim, a dor psicológica, as humilhações e os constrangimentos não resultam de um ato isolado, mas de um processo contínuo e doloroso para o empregado. Ressalto que o direito à pretendida reparação se torna efetivo quando demonstrada a situação vexatória e humilhante, o constrangimento do empregado ou a propagação do fato tido por abusivo perante seus colegas de trabalho.

No caso concreto, o reclamante não conseguiu se desincumbir do encargo que sobre si recaía (CLT, art. 818; CPC, art. 333, inc. I).

Com efeito, não restou comprovado que os aparelhos entregues ao reclamante deveriam necessariamente ficar ligados durante todo dia. Ao contrário, a prova oral é no sentido de que os empregados da ré tinha autorização para desligar os celulares após o expediente (a fls. 150/151).

Diga-se, ademais, que também não ficou comprovado que o acionante possuía uma carga de trabalho exaustiva, bem como a prova testemunhal produzida não foi suficiente para demonstrar as situações constrangedoras e degradantes declinadas na exordial. Nesse específico, peço vênica para transcrever trechos da r. Decisão de origem que bem analisaram a questão:

"o reclamante, ao depor, indicou dois episódios supostamente constrangedores, que justificam a sua pretensão por danos morais. Um deles, foi ter sido flagrado, em pleno horário de vendas, em confraternização junto com outros vendedores, na casa de um deles, em área que sequer era cabeada pela NET. Este episódio, confessadamente, ocorreu numa sexta-feira, dentro do horário de trabalho, não obstante a testemunha do reclamante, em mais um ponto de contradição com este, tenha tentado fazer crer que o fato teria ocorrido num sábado, no final da tarde, ou seja, fora do horário de expediente.

Quanto ao outro fato relatado pelo reclamante em seu depoimento, ou seja, a delação da coordenadora, em plena reunião, de que o obreiro se encontrava num bar em Ceilândia em horário de vendas, não houve nenhuma prova neste sentido.

Desta maneira, não tendo ficado comprovado o monitoramento abusivo do trabalhador, fora do seu horário de trabalho, não há razão para a condenação em indenização por danos morais." (a fls. 163/164)

Assim, não há nos autos elementos que indiquem que houve prática de atos tendentes a minar a dignidade ou a vida privada/intimidade do reclamante.

Logo, mostra-se indevida a indenização por danos morais.

Nego provimento.

2.4 VERBAS RESCISÓRIAS E FGTS (recurso adesivo da reclamada)

Narrou o obreiro que recebia remuneração composta de salário fixo + comissões no valor total médio de R\$ 2.200,00. Disse que ao ser dispensado a reclamada efetuou o pagamento das verbas rescisórias considerando somente o salário fixo. Pede o pagamento das diferenças.

Defendendo-se, a demandada sustentou não haver quaisquer diferenças de verbas rescisórias a serem deferidas. Pontuou que o autor percebia salário fixo de R\$ 866,00 + comissões, no valor total médio de R\$ 925,00, apurado para fins rescisórios.

O MM. Juízo de origem, com arrimo na prova documental, condenou a reclamada ao pagamento das diferenças de verbas rescisórias e FGTS.

Em recurso, a ré reitera a alegação de defesa no sentido de que efetuou corretamente o acerto rescisório do reclamante. Asseverou que "o último salário fixo do recorrido foi no valor de R\$ 866,00, apurando-se a média das comissões para fins rescisórias chegou-se ao valor de R\$ 925,00" (a fls. 184).

Sem razão.

Na forma do art. 477 da CLT, é direito do empregado, quando operada a rescisão contratual, o pagamento das parcelas que lhe são devidas com base na maior remuneração que lhe foi paga no curso do contrato de trabalho.

Por sua vez, tratando-se de empregado que recebe remuneração composta por parcela salarial fixa mais comissões ou percentagens, a apuração da maior remuneração prevista no caput do art. 477 da CLT para cálculo das verbas rescisórias deve ser obtida aplicando-se o disposto no § 4º do art. 478 da CLT, o qual dispõe:

"Para os empregados que trabalhem à comissão ou que tenha direito a percentagens, a indenização será calculada pela média das comissões ou percentagens percebidas nos últimos 12 (doze) meses de serviço. "

Assim, para o cálculo das verbas rescisórias, deve-se utilizar do maior valor do salário, acrescido da média duodecimal das parcelas variáveis que compõem a remuneração obreira.

No caso, compulsando os autos, verifica-se que, consoante bem analisado pela instância de origem, a demandada efetuou o pagamento rescisório a menor, na medida em que não considerou a média duodecimal na base de cálculo das verbas rescisórias.

Com efeito, constata-se que o valor utilizado pela reclamada para o acerto rescisório (R\$ 925,00 – item 23 do

TRCT, a fls. 16) coincide com o maior salário mensal fixo recebido pelo obreiro, desprovido de comissões, conforme se observa nos contracheques a fls. 92/94, 97, 106/121 e 125.

Dessa forma, mostra-se correta a r. Decisão de origem ao constatar que a demandada efetuou o acerto rescisório em "em total desprezo à média duodecimal das comissões auferidos nos últimos 12 meses" (a fls. 158).

Logo, mostram-se devidas as diferenças postuladas, inclusive aquelas concernentes ao recolhimento do FGTS e da multa fundiária.

Nego provimento.

2.5 MULTAS DOS ARTIGOS 467 E 477 DA CLT (recurso da reclamada)

Almeja a reclamada a exclusão das penalidades em epígrafes. Afirma que efetuou o pagamento das verbas rescisórias dentro do prazo legal, bem como não há verbas incontroversas a serem pagas.

Em relação à multa do art. 467 da CLT, razão assiste à demandada. Isso porque a controvérsia instalada nos autos torna insubsistente a tentativa obreira de alcançar a condenação da reclamada ao pagamento da referida penalidade.

Logo, impõe-se a reforma da decisão de origem para excluir da condenação o pagamento da multa prevista no art. 467 da CLT.

Por outro lado, sobre a penalidade do art. 477 da mesma Norma, pontue-se que a referida penalidade incide sempre que houver inobservância pelo empregador do prazo legal fixado no § 6.º desse preceito legal, tanto quanto em relação às obrigações de pagar quanto de fazer, estas atreladas ao ato rescisório.

Essa indenização só não é devida em casos excepcionais, ou seja, na hipótese de o empregado dar causa à mora e de reconhecimento judicial de pequenas diferenças em favor do empregado a título de verbas rescisórias. Ressalte-se, ainda, que a Orientação Jurisprudencial n.º 351 do SBDI-1 do col. TST, que considerava inaplicável a multa quando houvesse "fundada controvérsia quanto à existência da obrigação cujo inadimplemento gerou a multa" foi cancelada pelo col. TST.

Portanto, a mera controvérsia do direito do empregado não atrai o indeferimento da multa.

Dessa forma, comprovado que a reclamada pagou a menor as verbas rescisórias devidas ao reclamante (Tópico 2.4 desta decisão), não há falar em exclusão da multa em destaque.

Entretanto, restei vencido quanto à penalidade prevista no art. 577, § 8º, da CLT, tendo prevalecido a divergência aberta pelo Exmo. Desembargador Revisor, in verbis:

"É incontroverso que o término do contrato recaiu em 04/06/2012, sendo o valor das parcelas rescisórias depositado em conta-corrente do empregado na data de 13/06/2012, como stampa a documentação de fls. 64/66. Logo, o ato foi praticado no prazo fixado pelo § 6º, alínea b, do art. 477 da CLT.

Em verdade, o preceito em referência regula especialmente o fator tempo, passando ao largo do conteúdo do ato em si. Obviamente ao cogitar da figura do pagamento, a norma pressupõe a exação do ato, já que impossível a presunção sobre o descumprimento das normas legais. Daí ressaí um segundo aspecto prático de tão tormentoso tema, qual seja, a existência de diferenças de verbas rescisórias, como motivo determinante da aplicação da multa.

A controvérsia travada nesta estrita trilha, e desde que indemonstrada a írita figura do abuso de direito por parte do empregador, data venia, afigura-se suficiente ao afastamento da cominação. Satisfeitas aquelas parcelas entendidas como devidas, pelo empregador - entenda-se, no prazo legal -, o aceite por parte do empregado gera presunção favorável ao ato. É, inclusive, o que dispõe o art. 324, caput, do CCB. De toda forma, a existência de eventual saldo em favor do obreiro não revela o condão de apagar, do mundo jurídico, a aparência consistente sobre o cumprimento da lei.

Com essas breves considerações provejo o recurso adesivo da empresa, também para excluir, das condenatórias, a multa em questão – ela foi aplicada, tão somente, com estofo em diferenças geradas pelo objeto da condenação."

Dessa forma, dou parcial provimento ao recurso patronal, para excluir, das condenatórias, as multas previstas nos artigos 467 e 477, § 8º, ambos da CLT.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço dos recursos, sendo parcialmente do apelo do reclamante. No mérito, nego provimento ao recurso do reclamante e dou parcial provimento ao apelo da reclamada para excluir da condenação o pagamento das multas previstas nos arts. 467 e 477, § 8º, ambos da CLT.

Mantenho o valor da condenação arbitrado na origem, porquanto guardada a proporcionalidade. Tudo nos termos da fundamentação.

É o voto.

Conclusão

ACORDAM os integrantes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10.^a Região, conforme certidão de julgamento a fls. retro, aprovar o relatório, conhecer dos recursos, sendo parcialmente do apelo do reclamante. No mérito, negar provimento ao recurso do reclamante e dar parcial provimento ao apelo da reclamada para excluir da condenação o pagamento das multas previstas nos arts. 467 e 477, § 8º, ambos da CLT. Mantém-se o valor da condenação arbitrado na origem, porquanto guardada a proporcionalidade. Tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

Brasília (DF), 11 de setembro de 2013(data do julgamento).

BRASILINO SANTOS RAMOS

Desembargador Relator