



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO
0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 1

DESEMBARGADOR CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS
Órgão Julgador: 5ª Turma

Recorrente: HUGO EDUARDO GIUDICE PAZ - Adv. Marcelo Puccini Caminha
Recorrente: SINDICATO MÉDICO DO RIO GRANDE DO SUL - SIMERS - Adv. Monica Machado de Campos
Recorrido: OS MESMOS
Origem: 22ª Vara do Trabalho de Porto Alegre
Prolator da Sentença: JUÍZA RAFAELA DUARTE COSTA

E M E N T A

INDENIZAÇÃO PELO USO DE IMAGEM. O ex-empregado faz jus ao pagamento de uma indenização em decorrência da manutenção da divulgada da sua imagem no sítio institucional do Sindicato demandado (ex-empregador), após a ruptura do contrato de trabalho, sem qualquer autorização. Extinta a relação de emprego que deu causa às gravações das palestras e à elaboração do respectivo material de apoio, não subsiste o direito do réu de divulgar a imagem do empregado. A indenização por dano moral decorre da ofensa ao direito de imagem, nos termos dos incisos V, X e XXVIII, alínea "a", do artigo 5º da Constituição da República e 20 do Código Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: **preliminarmente, à unanimidade de**



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 2

votos, não conhecer das contrarrazões do réu, por intempestivas. No mérito, à unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso ordinário do réu para absolvê-lo da condenação ao pagamento do adicional por acúmulo de funções e reflexos decorrentes. À unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso ordinário do autor para: 1) definir com relação às horas extras que a) no período em que não foram juntados os cartões-ponto (de 01-10-2010 a 23-02-2011) arbitra-se que o horário de trabalho definido na sentença era estendido em dois dias por semana até às 22h, em virtude das reuniões; b) mesmo no período em que juntados os cartões-ponto, a jornada de trabalho do autor era estendida, em razão das reuniões e palestras, em dois dias por semana até às 22h; c) acrescentar à condenação mais duas viagens por mês, que correspondiam a mais 8 horas extras mensais, prestadas em período legalmente considerado diurno (até às 22h); 2) acrescer à condenação o pagamento das horas de sobreaviso, que devem incidir a partir do término da jornada normal de trabalho do autor - considerados os cartões-ponto juntados aos autos e a jornada de trabalho arbitrada no período em que ausentes os registros - até o início da jornada normal de trabalho do dia seguinte, durante sete dias seguidos a cada cinco semanais, a serem calculadas na fração de 1/3 sobre o valor da hora normal, com reflexos em repouso semanais remunerados, férias com 1/3, décimos terceiros salários, aviso-prévio e FGTS com 40%; 3) determinar a cessação da exibição no portal da internet do réu das palestras ministradas pelo autor e para acrescer à condenação a indenização pela violação do direito de imagem no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Valor arbitrado



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 3

à condenação que ora se acresce em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com custas adicionais de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), para os fins legais.

Intime-se.

Porto Alegre, 16 de outubro de 2014 (quinta-feira).

RELATÓRIO

Inconformados com a sentença das fls. 289-298v, complementada à fl. 314, o réu e o autor interpõem recursos ordinários.

O réu objetiva a reforma da sentença quanto aos seguintes aspectos: prescrição, função exercida pelo autor, salário pago "por fora", horas extras e indenização por assédio moral (fls. 302-310).

Custas à fl. 312 e depósito recursal à fl. 311.

O autor pretende a reforma da sentença nos seguintes aspectos: função exercida, salário pago "por fora", horas extras, adicional noturno, sobreaviso, diferenças salariais decorrentes do acúmulo de funções, indenização pelo uso de imagem e produção intelectual e majoração da indenização pelo assédio moral (fls. 317-348).

Com contrarrazões (fls. 354-368 e 370-371), são remetidos os autos a este Tribunal para julgamento dos recursos.

É o relatório.

VOTO



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 4

**DESEMBARGADOR CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS
(RELATOR):**

I - PRELIMINARMENTE

**1. NÃO CONHECIMENTO DAS CONTRARRAZÕES DO RÉU.
INTEMPESTIVIDADE.**

As contrarrazões apresentadas pelo réu não merecem ser conhecidas, pois intempestivas.

Observa-se que, conforme a Portaria n. 01/2014, de 20 de maio de 2014, expedida pelo Juiz Titular da 22ª Vara do Trabalho de Porto Alegre (vide fl. 353v), houve a suspensão dos prazos processuais a partir de 20-5-2014.

Ainda, Portaria Conjunta n. 3.281, de 17 de junho de 2014, editada pela Presidência e Corregedoria Regional, que dispõe sobre a uniformização dos procedimentos a serem adotados em razão do término da greve dos servidores da Justiça do Trabalho da 4ª Região, estabeleceu o seguinte:

***Art. 1º** Determinar que, nas unidades judiciárias em que tenha sido editada portaria interrompendo ou suspendendo os prazos processuais, sejam eles considerados interrompidos, reiniciando sua fluência a partir de nova intimação ou vista dos autos em Secretaria.*

Considerando a parte final do aludido artigo, tem-se que a procuradora do réu teve vista dos autos em Secretaria, em 23-6-2014 (segunda-feira), de acordo com a certidão da fl. 369v.

Assim, o termo final do prazo era 01-7-2014 (terça-feira), porém, o réu somente protocolizou as suas contrarrazões na data de 10-7-2014 (fl. 370).



ACÓRDÃO
0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 5

Uma vez que o prazo para oferecer contrarrazões é igual ao que tiver tido o recorrente - 8 dias (CLT, artigo 900), o réu apresentou-as intempestivamente.

Portanto, não se conhece das contrarrazões do réu, por intempestivas.

II - MÉRITO

1. RECURSO ORDINÁRIO DO RÉU. ANÁLISE DA MATÉRIA PREJUDICIAL.

1.1 PRESCRIÇÃO

A Magistrada de origem afastou a alegação do réu quanto à prescrição total e pronunciou apenas a prescrição quinquenal, restando prescritas as parcelas eventualmente deferidas anteriores a 06-3-2008.

O réu renova a arguição da prescrição total, com respaldo no artigo 7º, XXIX, da Constituição da República. Defende que a prescrição biennial deve ser contada a partir da cessação do contrato de trabalho, que ocorreu em 23-02-2011. Conclui que a presente demanda está definitivamente prescrita, porquanto ajuizada em 06-3-2013.

Analisa-se.

Segundo o documento da fl. 33, o autor foi pré-avisado da despedida no dia 23-02-2013, estando expresso que o aviso-prévio seria pago de forma indenizada.

Como bem decidido pela Julgadora singular, o artigo 487, § 1º, da CLT, é claro ao determinar a integração do aviso-prévio para todos os efeitos



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 6

legais, inclusive para integração como tempo de serviço, tornando-se a resilição efetiva somente quando expirado o transcurso de seu prazo, nos termos do disposto no *caput* do artigo 489 da CLT.

Nesses termos, deve ser observada a projeção do aviso-prévio, mesmo quando este é indenizado ao trabalhador. Adota-se o entendimento sedimentado na Orientação Jurisprudencial n. 83 da SDI-I do TST:

AVISO PRÉVIO. INDENIZADO. PRESCRIÇÃO (inserida em 28.04.1997)

A prescrição começa a fluir no final da data do término do aviso prévio. Art. 487, § 1º, da CLT.

Assim, considerando que o prazo prescricional teve início após o término do aviso-prévio (23-3-2013) e a presente ação foi ajuizada em 06-3-2013, não há falar em prescrição total.

Recurso desprovido.

2. RECURSOS ORDINÁRIOS DO AUTOR E DO RÉU. EXAME CONJUNTO DOS TÓPICOS COMUNS.

2.1 SALÁRIO PAGO "POR FORA"

A Magistrada do primeiro grau decidiu que ficou provada a percepção pelo autor do valor mensal de R\$ 3.000,00 a título de salário pago "por fora", no período de 01-7-2005 a julho de 2009, razão pela qual condenou o réu a integrar essa quantia no cálculo das férias com 1/3, do décimo terceiro salário e do FGTS, com a consequente retificação da CTPS.

O réu discorda da sentença, aduzindo que o autor percebia salário de forma



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 7

legal e regular, jamais tendo recebido qualquer importância extra recibo ou "por fora". Defende que os recibos de pagamento juntados aos autos retratam com fidelidade o valor do salário integral do demandante, pois nenhuma quantia lhe era alcançada sem que fosse considerada para todos os efeitos legais. Sustenta que os valores recebidos por meio de cartão tinham características de ajuda de custo, destinando-se ao ressarcimento de despesas, de maneira que não detinham natureza salarial, na forma do § 2º do artigo 457 da CLT. Busca a sua absolvição.

O autor, por seu turno, pretende a reforma parcial da sentença, ao argumento de que a Julgadora singular não considerou os dois aumentos salariais consignados na sua CTPS. Pondera que, caso prevaleça o valor de R\$ 6.000,00 mensais, como definido na decisão do primeiro grau, o autor teria uma redução salarial, pois computando os dois aumentos recebidos a soma supera o valor fixado na origem. Pede que a metade dos salários pagos "por fora" tome por base de cálculo os valores constantes na evolução salarial, conforme as anotações registradas na sua CTPS.

Examina-se.

O ônus da prova de que percebia salário "por fora" era do autor, por se tratar de fato constitutivo do seu direito, nos termos dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC, na medida em que não se trata de pagamento documentado pela empregadora.

No caso dos autos, o réu negou em contestação o pagamento de parcelas que não estivessem descrita nas folhas de pagamento. Contrariamente ao alegado pelo demandado, entende-se que o autor se desincumbiu de seu ônus, pois o conjunto probatório enseja aludida interpretação. A propósito, o autor colacionou aos autos *e-mail*, com data anterior a sua contratação,



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 8

cujo conteúdo indica que ele receberia R\$ 3.000,00 em folha e R\$ 3.000,00 no cartão “expertise” administrado pelo HSBC (vide fl. 35). Além disso, o autor juntou os referidos cartões (fls. 32 e 37), ao passo que o réu não impugnou a validade destes documentos.

Outrossim, o relato da testemunha Flávia Regina Souza e Silva, convidada a depor em Juízo pelo autor, é bastante esclarecedor, porque confirma o seguinte:

[...] sabe que o reclamante, quando passou a coordenar o setor jurídico, recebia um salário fixo, que correspondia a 50% do valor total; que os 50% restantes eram pagos através de cartão; que esse cartão vinha em nome do sindicato e do reclamante e ele podia sacar esse valor que era depositado na conta do reclamante; que a depoente sabe disso, pois fazia conferência dos valores que eram depositados para o reclamante; que também era de conhecimentos dos colegas que havia esse pagamento por fora; [...] que demonstradas as fls. 32 e 37, confirma que através daqueles cartões eram pagos os 50% do salário; que o valor do salário era depositado na conta que consta no cartão, sendo que o empregado utilizava o cartão e retirava o dinheiro nesta conta [...]. (fl. 284).

Diante destes termos, restou provado que o réu, além do salário fixo formalmente consignado nas folhas de pagamento, efetuava o pagamento de mais 50% "por fora".

No que tange ao apelo do autor, observa-se que a Julgadora singular considerou os próprios limites da petição inicial, nos moldes dos artigos



ACÓRDÃO
0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 9

128 e 460 do CPC. Isso porque o demandante indicou a percepção de R\$ 3.000,00 (três mil reais) de remuneração efetiva, acrescida do dobro do valor (vide fl. 03).

Cumprе destacar que a sentença, no nosso sistema processual, em regra, deve estar atrelada aos limites estabelecidos pelas partes na inicial e na contestação, por incidência do artigo 128 do CPC:

O Juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Além disso, o artigo 460 do CPC complementa a norma acima citada, ao prescrever que *É defeso ao Juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.*

Por oportuno, nos ensina Manoel Antonio Teixeira Filho, na sua obra A Sentença no Processo do Trabalho, 3ª ed., São Paulo, LTR, 2004, pp. 302-304, que:

Tirante uns poucos casos excepcionais, de resto, incumbe às partes fixar o objeto e os limites da lide. A sentença, como resposta jurisdicional às pretensões por elas formuladas, deve, por isso, ater-se à 'res in iudicio deducta'. Essa regra da adequação aos pedidos está enunciada nos arts. 128 e 460 do CPC e deriva, historicamente, da conjugação de três princípios romanos, altamente difundidos entre nós: a) 'ne eat iudex ultra petita partium'; b) 'ne eat iudex extra petita partium'; c) 'ne eat iudex citra petita partium' (...) O segundo princípio em estudo



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 10

significa que o juiz não pode conceder aquilo que não havia sido pedido (...) a definição dos limites horizontais da entrega da prestação jurisdicional é estabelecida pela petição inicial (...).

Assim, não há como acolher o pleito do autor, ora recorrente, sob pena de violar os limites da lide. A Juíza de origem deferiu o seu pedido exatamente como postulado na petição inicial.

Recursos desprovidos.

2.2 HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. ADICIONAL NOTURNO.

A Magistrada de origem, com base na prova testemunhal, deixou de enquadrar o autor na exceção do artigo 62, II, da CLT. Ainda, entendeu serem válidos os cartões-ponto juntados aos autos, fixando a jornada de trabalho do autor como sendo das 8h às 18h, com uma hora de intervalo, de segunda a sexta-feira, sendo um dia por semana estendida até às 22h (devido às reuniões), no período em que não juntados os registros de horário (de 01-10-2010 a 23-02-2011). Portanto, condenou o réu ao pagamento de horas extras prestadas, assim entendidas as excedentes à 8ª hora diária e/ou à 44ª semanal, com adicional de 50%, com base na jornada diária dos cartões-ponto acostados aos autos e na jornada de trabalho arbitrada, com reflexos.

O réu investe contra esta decisão, asseverando que o autor era Gerente Jurídico, estando imbuído dos poderes do cargo de confiança que ocupava, motivo pelo qual se enquadrava no artigo 62, II, da CLT. Pondera que o referido artigo e seu parágrafo único são apenas exemplificativos quanto aos cargos considerados como de confiança, sendo necessário averiguar



ACÓRDÃO
0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 11

se seu detentor efetivamente possui poderes de mando e gestão ou do respectivo setor, bem como se tem padrão mais elevado de vencimentos, situação do autor. Conclui que o demandante, ainda que registrasse o horário de trabalho em algumas oportunidades, tal circunstância não tem o condão de retirá-lo da exceção legal.

O autor busca a reforma da sentença no que concerne às reuniões e às viagens realizadas. Afirma ter exposto os fatos, na petição inicial, acerca das horas trabalhadas nas viagens como sendo duas vezes ao mês, com término das reuniões às 22h ou 22h30min, sendo o retorno de madrugada. Refere que, excepcionalmente, quando a viagem excedia a 450 Km, dormia no local e retornava no dia seguinte. Invoca a Orientação Jurisprudencial n. 233 da SDI-I do TST.

Examina-se.

A norma insculpida no artigo 62, inciso II, da CLT é excepcional, razão por que deve ser interpretada restritivamente, não bastando a fidúcia comum, inerente a qualquer contrato de trabalho para configuração do cargo de confiança. É essencial, portanto, para fins de verificação do direito ao pagamento de horas extras que se examinem - afora a existência dos requisitos objetivos da "confiança" atribuída, como o acréscimo salarial de 40% previsto no artigo 62, parágrafo único, da CLT - os elementos subjetivos à caracterização de uma espécie de fidúcia maior. Coaduna-se com o que leciona Homero Batista Mateus da Silva, *in verbis*:

Logo, estão corretos os entendimentos que sugerem a existência de três graus diferentes de confiança que um empregador deposita sobre os seus empregados: a) a confiança genérica, de baixa dimensão que todo o empregador põe sobre



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 12

os seus empregados (algo como confiar desconfiando); b) a confiança de dimensão média que o banqueiro vislumbra sobre os seus escalões intermediários; e c) a confiança de dimensão máxima que qualquer empregador pode depositar sobre seus melhores empregados, aos quais delega funções de comando e de gestão, que podem incluir assinaturas de cheque, concessão de desconto e parcelamento, punição sobre os empregados faltosos e demais formas de suprir a ausência do proprietário do empreendimento. (Curso de Direito do Trabalho Aplicado, vol. 4: Livro das Profissões Regulamentadas - Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p 15).

Por oportuno, ainda, transcreve-se a lição de Vólia Bonfim Cassar:

O principal poder do empregador é o de gerir a empresa com autonomia, bem como o de disciplinar seus empregados. Desta forma, aquele empregado que tiver como função a gestão da empresa, do setor ou filial, com total autonomia, é um alto empregado incluído no art. 62 da CLT e, portanto, excluído do Capítulo em estudo. (in Direito do Trabalho, Niterói: Impetur, 2008, p. 675).

A aludida autora esclarece que existem três grupos distintos, segundo a intensidade do grau de confiança. No particular, para que o empregado se enquadre na exceção legal do artigo 62, II, da CLT, diz ser necessário que detenha poderes mais amplos ou irrestritos para alguns atos. Normalmente, eles podem exercer as suas atribuições sem fiscalização, sem limites, de forma autônoma, substituindo o próprio empregador.



ACÓRDÃO
0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 13

Portanto, a norma do artigo 62, II, da CLT exige o cumprimento do requisito objetivo (gratificação de 40%) acrescido do efetivo exercício de cargo com fidúcia diferenciada.

No que concerne ao efetivo exercício de poderes mais amplos, próprios de gestão, diferentemente do alegado pelo réu, não se verifica ter o autor exercido cargo de confiança. Na linha do decidido na origem, entende-se que as tarefas citadas não caracterizavam a existência de poderes especiais, necessário ao seu enquadramento como ocupante de cargo de gestão para os fins do dispositivo legal pré-citado.

O fato de ser responsável por um setor, coordenando o trabalho de outros colegas, por si só, não é suficiente para afastar o direito às horas extras, mormente porque a principal tarefa que executava era a realização de supervisão dos demais advogados do setor, estando, ainda, incontroversamente, subordinado à Diretoria. Ademais, o relato das testemunhas (vide ata de audiência das fls. 284-287) confirmam que o autor não possuía sequer poderes para despedir ou admitir empregados, encargo que era atribuído a Helena Scheurmann, que *compunha o grupo executivo e era quem tratava das questões de admissão e demissão de empregados, bem como questões de salário* (declaração da testemunha Flávia Regina Souza e Silva, fls. 284-285).

Assim, conclui-se que o autor não estava inserido na exceção legal do artigo 62, II, da CLT.

No que tange às reuniões e às viagens, com a devida vênia ao entendimento adotado pela Juíza do primeiro grau, considera-se que o autor efetivamente indicou, na petição inicial, a quantidade aproximada de



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 14

reuniões e viagens que realizava, como se pode notar do seguinte excerto:

[...] O certo é que o Reclamante, invariavelmente, ao final do dia, deixava o emprego em horas que excediam a sua jornada normal de trabalho. Além disso, em consonância com a sua função de prestar consultoria aos associados, em média, participava de reuniões com associados do Reclamado de duas a três reuniões na semana, fora do seu horário normal de trabalho, que se prolongavam até por volta de 22,00, 22,30 horas e, ainda, também em média, realizava duas viagens para fora da sede, por mês, oportunidade em que, via de regra, mantinha reuniões à noite, retornando apenas no dia seguinte ou, algumas vezes, na própria madrugada. (fls. 16-17).

As alegações do autor restaram corroboradas pelo relato da testemunha Flávia Regina Souza e Silva:

[...] que o reclamante apresentava palestras sobre direito médico e responsabilidade civil para os médicos; que isso ocorria normalmente à noite e nos finais de semana; que o reclamante trabalhava também em congressos médicos em que apresentava tais tipos de palestras; que também participava de congressos fora de Porto Alegre; que não sabe informar se, quando o reclamante participava em palestras no interior e pernoitava, a reclamada pagava o transporte e as despesas; que sabe que os advogados recebiam diárias nas viagens, inclusive o reclamante [...].

Conclui-se, pois, estar provada a realização pelo autor de palestras e



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 15

reuniões, após o seu horário normal de trabalho, bem como a ocorrência de viagens. Com base na razoabilidade, no período em que não foram juntados os cartões-ponto (de 01-10-2010 a 23-02-2011) arbitra-se que o horário de trabalho definido na sentença era estendido em dois dias por semana até às 22h, em virtude das reuniões. Determina-se, ainda, que, mesmo no período em que juntados os cartões-ponto, a jornada de trabalho do autor era estendida, em razão das reuniões e palestras, em dois dias por semana até às 22h. Ademais, acrescento à condenação mais duas viagens por mês, que correspondiam a mais 8 horas extras mensais, prestadas em período legalmente considerado diurno (até às 22h). Tendo em vista tal arbitramento, não há falar em incidência do adicional noturno.

Nega-se provimento ao recurso ordinário do réu e dá-se provimento ao recurso ordinário do autor para definir que: a) no período em que não foram juntados os cartões-ponto (de 01-10-2010 a 23-02-2011) arbitra-se que o horário de trabalho definido na sentença era estendido em dois dias por semana até às 22h, em virtude das reuniões; b) mesmo no período em que juntados os cartões-ponto, a jornada de trabalho do autor era estendida, em razão das reuniões e palestras, em dois dias por semana até às 22h; c) acrescenta-se à condenação mais duas viagens por mês, que correspondiam a mais 8 horas extras mensais, prestadas em período legalmente considerado diurno (até às 22h).

2.3 ACÚMULO DE FUNÇÃO. PLUS SALARIAL.

A Juíza da primeira instância decidiu que o autor trabalhava também para a ABRASUS, atividade esta diversa das obrigações funcionais. A prova testemunhal é no sentido de que o reclamante, além de executar as atividades de gerente, também era designado para outras tarefas



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 16

integrantes do universo empresarial do reclamado e ainda, fora do horário de trabalho do autor. Fixou o acréscimo salarial em 20% do salário base, com reflexos em aviso-prévio, férias com 1/3, décimos terceiros salários, horas extras e FGTS.

O réu não se conforma com esta decisão, advogando que não são verdadeiras as alegações da petição inicial no tocante à prestação de serviços, uma vez que o autor não exerceu atividades que não estivessem dentro do conteúdo ocupacional da função de Assessor Jurídico. Sustenta que as atribuições de atendimento aos médicos associados do SIMERS e da ABRASUS são inerentes à função para a qual fora contratado, sendo também compatíveis com a sua condição pessoal, na forma do artigo 456 da CLT.

O autor pretende que a sentença seja reformada apenas em relação ao arbitramento do *plus* salarial, que no seu entender deve incidir sobre o valor da sua remuneração recebida durante o contrato de trabalho, considerando o período em que percebeu salário pago "por fora" até agosto de 2009 e, a partir desta data, com base no valor anotado na CTPS com integração no aviso-prévio, férias com 1/3, décimos terceiros salários e horas extras.

Decide-se.

Antes de adentrar na discussão sobre o acúmulo de funções, importante se faz a distinção conceitual sobre "função" e "tarefa ou atribuição". Sobre o tema leciona Maurício Godinho Delgado (*in* Curso de Direito do Trabalho, 11ªed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1033-1034):

A tarefa consiste em uma atividade laborativa específica, estrita e delimitada, existente na divisão do trabalho estruturada no



ACÓRDÃO
0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 17

estabelecimento ou na empresa. É uma atribuição ou ato singular no contexto da prestação labora.

A reunião coordenada e integrada de um conjunto de tarefas dá origem a uma função. Neste quadro, função corresponde a um conjunto coordenado e integrado de tarefas, formando um todo unitário. [...] É possível, teoricamente, que uma função englobe, é claro, uma única tarefa. Tal situação é pouco comum, entretanto. Em geral, a função engloba um conjunto de tarefas, isto é, de atribuições, poderes e atos materiais concretos. Por outro lado, uma tarefa pode comparecer à composição de mais de uma função, sem que com isso venha necessariamente a comprometer a identidade própria e distintiva de cada uma das funções comparadas (a tarefa de tirar fotocópias, por exemplo, pode estar presente em distintas funções laborativas).

[...]

De fato, o simples exercício de 'algumas' tarefas componentes de uma outra função não traduz, automaticamente, a ocorrência de uma efetiva alteração funcional no tocante ao empregado. É preciso que haja uma concentração significativa do conjunto de tarefas integrantes da enfocada função para que se configure a alteração funcional objetiva.

Deve-se, ainda, atentar para o teor do parágrafo único do artigo 456 da CLT, que assim dispõe:

A falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 18

serviço compatível com a sua condição pessoal.

Dito isso, conclui-se que haverá acúmulo de funções quando o empregado, originalmente contratado para o exercício de uma determinada função, passa a exercer, conjuntamente com esta, atribuições que não são compatíveis com a função contratada, que se referem a uma outra função, ou seja, não é o simples acréscimo de atribuições que demonstra o acúmulo de funções, pois estas atribuições novas podem se referir à função originalmente contratada. Conclui-se também que, caso não haja prova da função exercida ou não exista cláusula contratual expressa a esse respeito, *"entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal"*.

No caso dos autos, o autor foi contratado para laborar na função de Assessor de Diretoria, conforme consta no contrato de experiência da fl. 336, tendo ocupado o cargo de Coordenador do Setor Jurídico.

Sobre as tarefas desempenhadas pelo autor, é importante reproduzir as declarações da testemunha Flávia Regina Souza e Silva:

*que trabalhou na reclamada de 02/03/1998 a 16/11/2009, no cargo de secretária, e, posteriormente, de 01/08/2010 a 23/05/2012, no cargo de secretária jurídica, conforme CTPS que apresenta; que no final do primeiro contrato de trabalho, já trabalhava no setor jurídico; **que o reclamante trabalhava como coordenador no setor jurídico; que antes se o reclamante ser transferido para o setor jurídico ele era assessor jurídico da Diretoria; que o reclamante passou a ser coordenador do setor jurídico, ao que se recorda, em março de 2007; que esse setor jurídico permaneceu uns 2 ou 3 meses sem responsável;***



ACÓRDÃO
0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 19

*que a vice-presidente da reclamada reuniu o pessoal do setor jurídico e informou que o reclamante, a partir de certa data, estaria assumindo o setor jurídico; que não sabe informar quais as atividades do reclamante na assessoria da Presidência; **que nessa reunião supra citada a Vice-Presidente, Maria Rita, colocou para o pessoal do jurídico que o reclamante reunia todas as condição para assumir o setor; sabe que o reclamante, quando passou a coordenar o setor jurídico, recebia um salário fixo, que correspondia a 50% do valor total; que os 50% restantes eram pagos através de cartão; que esse cartão vinha em nome do sindicato e do reclamante e ele podia sacar esse valor que era depositado na conta do reclamante; que a depoente sabe disso, pois fazia conferência dos valores que eram depositados para o reclamante; que também era de conhecimentos dos colegas que havia esse pagamento por fora; que a Diretoria tem diversos assessores que compõem o chamado grupo executivo, que pode ser formado por advogados, administradores, jornalistas, etc; que o gerente do setor jurídico é subordinado diretamente à Diretoria, que é formada por médicos; que o gerente do setor jurídico fica "mais ou menos" no mesmo nível do assessor da Diretoria e se reporta diretamente à Diretoria; que não sabe informar se houve diminuição do valor do salário quando o reclamante passou de assessor de diretoria para gerente jurídico; [...] **que conhece o sistema "Paraíso", que se trata de um sistema da qualidade, em que consta um "link" com todos os cargos e atribuições dos empregados da reclamada; que inclusive consta as*****



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 20

atribuições dos assessores e do gerente jurídico; que demonstrado o documento de fl. 46, refere que dessa forma que as atribuições constavam no referido "link"; que ABRASUS é uma associação que a reclamada mantém uma parceria; que a reclamada tem um advogado empregado que fica trabalhando nessa associação; quando as pessoas não conseguem medicamento pelo SUS, vão nessa associação e o advogado, através de meio judicial postula medicamentos, internações, etc; que o reclamante também trabalhava para a ABRASUS, ajudando o advogado que lá trabalhava a pedido da Diretoria; que às vezes o reclamante tinha que ir nessa associação, fazendo isso sempre que tivesse horário disponível, inclusive nos finais de semana e após o final do expediente; que sabe disso, pois a própria depoente chamava o motoboy para buscar um processo urgente na ABRASUS, entregava para o reclamante, que devolvia o processo pronto no dia seguinte; [...] (grifos nosso).

Em atenção ao depoimento desta testemunha, cumpre referir que a prova produzida não permite reconhecer tenha o autor laborado em acúmulo de funções para fazer jus a percepção de um adicional salarial. Ao contrário, ficou provado que o autor não desempenhava nenhum trabalho mais técnico, incompatível com as atividades de Assessor da Diretoria ou Coordenador Jurídico. Observa-se que o próprio autor admite ter tido aumentos salariais ao longo do contrato de trabalho (vide fl. 323), além do pagamento do salário "por fora" reconhecido na sentença e ora mantido.

Outrossim, ainda que a testemunha Flávia tenha mencionado que o trabalho prestado pelo autor no auxílio do advogado que trabalhava na ABRASUS



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 21

ocorria sempre que tivesse horário disponível, inclusive nos finais de semana e após o final do expediente, é certo que tal prestação de trabalho está abrangida pela condenação ao pagamento de horas extraordinárias. Manter o pagamento do *plus* salarial implica remunerar duas vezes o autor pelo trabalho prestado, caracterizando enriquecimento sem causa.

Por conseguinte, conclui-se que não houve acúmulo de funções estranhas às contratadas, de maneira que deve ser absolvido o réu da condenação ao pagamento do adicional por acúmulo de funções e reflexos, restando prejudicada a análise do recurso ordinário do autor, no particular.

2.4 INDENIZAÇÃO POR ASSÉDIO MORAL

O réu discorda da sentença, em que condenado ao pagamento da indenização por danos morais no valor de R\$ 6.000,00, em face do assédio moral sofrido pelo autor. Afirma que o autor não foi submetido a situações que poderiam ter dado origem a assédio moral. Ressalta que, para a configuração do dano moral, é necessário haver correspondência entre uma atitude lesiva ou dolorosa do agente e o dano suportado por aquele que o alega. Colaciona jurisprudência. Diz que o fato de ter havido troca de sala em nenhuma hipótese teve o propósito de constranger o empregado, sendo uma alteração normal na estrutura física da empresa.

O autor pretende a reforma da sentença apenas em relação ao *quantum* da indenização decorrente do assédio moral sofrido. Aduz que a quantia fixada na origem é inferior a uma remuneração mensal do autor. Sustenta que a referida indenização deve ser arbitrada em valor justo e razoável, levando-se em consideração o dano causado ao empregado, as condições econômicas do empregador e a gravidade da lesão aos direitos fundamentais da pessoa humana, da honra e da integridade psicológica e



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 22

Íntima do autor. Sugere a quantia de 10 remunerações mensais, conforme requerido na petição inicial.

Analisa-se.

A Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso X, dispõe:

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O inciso V desse mesmo artigo, por sua vez, assegura: *o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.*

A garantia a qualquer cidadão do direito à reparação dos danos morais porventura sofridos, assim entendidos aqueles respeitantes à esfera de personalidade do sujeito constitui decorrência natural do princípio geral do respeito à dignidade da pessoa humana, erigido a fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República).

Conforme já referido no item precedente, o direito à reparação por dano moral está disciplinado, ainda, nos artigos 186 *[Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito]* e 927 do Código Civil de 2002 *[Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo]*.

Por dano moral, entende-se todo sofrimento humano que atinge os direitos da personalidade, da honra e imagem, ou seja, aquele sofrimento



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 23

decorrente de lesão de direito estranho ao patrimônio. Quando relacionado ao contrato de trabalho - na esfera do trabalhador -, é aquele que atinge a sua capacidade laborativa que deriva da reputação conquistada no mercado, profissionalismo, dedicação, produção, assiduidade, capacidade, considerando-se ato lesivo à sua moral todo aquele que afete o indivíduo para a vida profissional, decorrente de eventuais abusos cometidos pelo empregador, quer por sua ação ou omissão.

Ao se falar em dano moral, fala-se em *atentado a valores extrapatrimoniais de cunho personalíssimo*, quais sejam, lesão à honra do indivíduo, seus valores íntimos e sua imagem perante a sociedade, e sua reparação dependerá da ocorrência de três fatores: do ato praticado ou deixado de praticar, do resultado lesivo desse ato em relação à vítima, e da relação de causa e efeito, que deve ocorrer entre ambos, o dito nexo causal.

Com efeito, conforme leciona Maria Helena Diniz, apud Instituições Civis no Direito do Trabalho, Alexandre Agra Belmonte, 3ª Edição, Renovar, p. 445: *além da diminuição ou destruição de um bem jurídico moral ou patrimonial são requisitos da indenização do dano: a efetividade ou certeza do dano (que não poderá ser hipotético ou conjectural), a causalidade (relação entre a falta e o prejuízo causado), a subsistência do dano no momento da reclamação do lesado (se já reparado o prejuízo é insubsistente), a legitimidade e a ausência de causas excludentes de responsabilidade (sem grifos no texto originário). É, pois, de ser considerado ato lesivo à moral todo aquele que afete o indivíduo para a vida profissional, de forma a insultar, de forma leviana, a imagem profissional do empregado, impedindo sua ocupação profissional no mercado.*



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 24

O assédio moral caracteriza-se pela repetição de condutas tendentes a expor a vítima a situações incômodas ou humilhantes.

Cumpre referir, como bem ensina Marie France Hirigoyen apud, Cláudio Armando Couce de Menezes. Assédio Moral e seus Efeitos Jurídicos, Revista Justiça do Trabalho, Porto Alegre: HS, 2002, n. 228, p. 16, que o assédio moral corresponde a: *[...] qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.*

A citada psiquiatra e professora da Universidade de Paris, Marie France Hirigoyen, em recente palestra proferida no plenário deste Tribunal, abordou, naquela ocasião, o tema de forma bastante lúcida, ressaltando que o assédio moral constitui-se em estratégias ou comportamentos perversos que visam ao ponto fraco de uma pessoa e com o objetivo de desestabilizá-la. Salientou tratar-se de uma agressão sutil e progressiva, muito difícil de provar e favorecida pela solidão da vítima e apoio social precário.

Conforme a psicanalista, existem quatro tipos de condutas hostis caracterizadoras de assédio moral, dentre elas, a chamada pela psiquiatra de "atentado às condições de trabalho". As pessoas, neste caso, são impedidas de exercer com competência suas atribuições.

Alexandre Agra Belmonte, *in* Danos Morais no Direito do Trabalho, 3ª Edição, Renovar, p. 381, citando Sebastião Vieira Caixeta, observa que *[...] o contrato de trabalho comporta com absoluta primazia a obrigação de respeito à dignidade da pessoa humana, uma vez que o trabalhador antes*



ACÓRDÃO
0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 25

é humano e cidadão. Acima de tudo, tem o empregador a obrigação de respeitar a personalidade moral do empregado na sua dignidade absoluta de pessoa humana.

A testemunha Flávia Regina Souza e Silva, ouvida a convite da parte autora, assim declinou o ambiente de trabalho proporcionado pela empresa ré: **que soube que, em setembro/outubro de 2010, o reclamante seria transferido para uma outra sala**; nesta época o reclamante já trabalhava no setor jurídico; **que o reclamante sairia do jurídico e iria trabalhar somente com as ações cíveis**; **que em razão disso o reclamante estaria sendo transferido, onde receberia uma sala nova, com toda infraestrutura**; **que isso não aconteceu, ficando o reclamante sozinho em uma sala, sendo dito à depoente que não fizesse ligações para ele e que os processos ‘carne de peçoço’ seriam passados ao reclamante**; **que foi dito que isso era para o reclamante trabalhar mais**; (...); **que era comum a troca de coordenadores**; **que os outros coordenadores que saíram não foram para a ‘salinha’**, entendendo a depoente que o caso do reclamante foi especial (...) **que sabe que além do prédio principal, que fica na esquina da Corte Real com a Ipiranga, a reclamada alugou e comprou imóveis na mesma rua**; **que o setor jurídico foi um dos que saiu do prédio principal (nº 975) e foi para uma casa há uns 50 metros adiante**; (...); **que somente o que ouviu foi que o reclamante ‘receberia um gelo’ e que tinha que passar processos difíceis para ele fazer**; **que ouviu isso do Dr. Jorge Selzen, que foi quem ficou no lugar do reclamante e depois de 3**



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 26

meses saiu da reclamada e também da gerente Helena Scheurmann; ambos falaram que tais orientações vieram da Presidência (...) (fl. 284, grifa-se).

O depoimento da testemunha convidada pelo réu, Toni Caril Bellinaso, confirmou a transferência do autor para outra sala, que ficava em local distinto do prédio principal.

No presente caso, a Juíza de origem declinou precisa apreciação dos elementos da prova oral, contendo adequados fundamentos para o julgamento da presente demanda, motivo pelo qual são adotados como razões de decidir:

Diante dos depoimentos acima, verifico que o autor foi submetido a situações vexatórias, como informa a testemunha Flávia. Ademais, o autor foi o único que, após sair do cargo de coordenador, foi laborar em uma sala isolada e sem secretária. Além disso, verifico que a sala em que o autor laborava ficava na parte administrativa da ré e não no setor jurídico. Os depoimentos das testemunhas acima são seguros e convincentes quanto à situação de ócio vivida pelo autor.

O fato narrado na inicial, e confirmado pelas testemunhas, se traduz em situação vexatória a qual, sem dúvida, acarretou lesão aos direitos de personalidade do obreiro, notadamente no que concerne à sua honra subjetiva e objetiva.

Assim, é possível concluir que o reclamante sofreu assédio moral decorrente das atitudes do reclamado. (fl. 295v).



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 27

Desse modo, a existência do alegado ato ilícito capaz de gerar indenização por assédio moral não se presume, dependendo de prova efetiva do dano de índole extrapatrimonial, ônus do qual o autor se desincumbiu, na forma dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC.

Assim, tem-se que as atitudes perpetradas pelo réu ocasionam a interpretação do desrespeito e da ofensa no trato com os empregados, auxiliares do êxito da atividade econômica em desenvolvimento.

Incontestável que a situação afetou o psicológico do autor, porquanto o tratamento sofrido acarreta ofensa à dignidade do trabalhador. Está evidente a prática do ilícito ensejador do dano, devendo o réu responder pelos prejuízos causados ao autor.

Qualquer ato causador de abalo moral cometido no ambiente de trabalho deve ser punido, tendo em vista a total inadequação de um tratamento desrespeitoso dispensado ao trabalhador. Portanto, comprovadas as acusações de abalo moral.

Assim, restou provado que a conduta praticada pelo empregador correspondeu a uma punição velada, expondo o autor a evidente constrangimento. É evidente que o réu abusou do seu direito de gestão, razão pela qual deve ser condenado ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos pelo autor, na forma do artigo 187 do Código Civil [*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*].

No que pertine à quantificação da reparação do dano moral é matéria controvertida na Justiça do Trabalho, haja vista que sua natureza tem de ser,



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 28

ao mesmo tempo, indenizatória, punitiva e preventiva, isto é, o *quantum* pago à vítima deve compensá-la do abalo psicológico sofrido, punir o ofensor e fazer com que este busque evitar que situações análogas se repitam.

A reparação do dano moral, portanto, atende a um duplo aspecto, compensar o lesado pelo prejuízo sofrido e sancionar o lesante.

Conforme Xisto Tiago de Medeiros Neto *in* Dano Moral Coletivo. São Paulo: LTr, 2004, p. 79:

Enquanto no dano patrimonial o dinheiro assume preponderante função de equivalência, ou seja, com alguma exatidão cumpre o objetivo de restabelecer o patrimônio afetado, no dano moral o dinheiro presta-se a outra finalidade, pois, não sendo o equivalente econômico da recomposição do bem lesado, corresponderá a uma satisfação de ordem compensatória para a vítima.

A compensação de natureza econômica, já que o bem atingido não possui equivalência em dinheiro, se sujeita à prudência do julgador, conforme um critério de razoabilidade. À falta de regra específica, entende-se que deva a indenização ser fixada tomando em consideração a gravidade e repercussão da ofensa, a condição econômica do ofensor, a pessoa do ofendido e, por fim, a intensidade do sofrimento que lhe foi causado.

Considerando a extensão do dano causado e levando em conta a condição pessoal das partes, entende-se que o valor arbitrado a título de indenização por danos morais, da ordem de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), mostra-se condizente com a questão suscitada.



ACÓRDÃO
0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 29

Recursos desprovidos.

3. RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR. EXAME DOS ITENS REMANESCENTES.

3.1 DATA DO INÍCIO DO EXERCÍCIO DO CARGO DE GERENTE JURÍDICO

A Juíza da primeira instância decidiu que o autor passou a exercer o cargo de Gerente Jurídico a partir de 19-10-2007 e não como constava em sua CTPS (01-9-2008).

O autor discorda parcialmente desta decisão, argumentando que as provas dos autos confirmar a sua alegação de que passou a desempenhar o cargo de Gerente Jurídico em 31-3-2007. Menciona que o depoimento da testemunha Flávia é bastante claro ao afirmar que o demandante passou a ser o Coordenador do setor jurídico em março de 2007. Sinala que o réu não impugnou o *e-mail* da fl. 39, tampouco fez menção à circunstância de as pessoas nele referidas não fossem colegas do departamento jurídico. Também sustenta que o demandado silenciou sobre a edição da Revista Vox Medica. Pretende a reforma da sentença a fim de que o réu seja condenado a anotar a data de 31-3-2007 como sendo aquela em que o autor assumiu a Gerência/Coordenação Jurídica.

Examina-se.

No caso dos autos, entende-se que se deve privilegiar a interpretação feita pela Magistrada singular, porquanto está em consonância com os elementos apresentados, bem como foi quem tomou o depoimento das



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 30

testemunhas, estando em melhor posição para avaliar a veracidade dos fatos relatados ou eventuais inconsistências, já que em contato direto com as partes e as testemunhas durante a audiência de instrução. Nesse aspecto, a Magistrada do primeiro grau apreciou com muita propriedade os elementos probatórios, razão por que são adotados os seus fundamentos como razões de decidir:

O reclamante afirma que foi contratado para exercer as funções de assessor de diretoria. Aduz que, a partir de 31-03-2007 (e não como constou na CTPS, em 01-09-2008), passou a exercer a função de gerente jurídico ou coordenador dos serviços jurídicos do reclamado. Requer a retificação da sua CTPS para que conste, a partir de 01-04-2007, a função de gerente jurídico.

O réu relata que as anotações da CTPS do autor retratam com fidelidade o contrato de trabalho mantido entre as partes. Impugna a informação de que o autor teria exercido o cargo de gerente jurídico desde 2007. Aduz que o autor ocupou o referido cargo somente em março de 2008.

A testemunha Flávia, convidada pelo autor, assevera: “que o reclamante trabalhava como coordenador no setor jurídico; que antes de o reclamante ser transferido para o setor jurídico ele era assessor jurídico da Diretoria; que o reclamante passou a ser coordenador do setor jurídico, ao que se recorda, em março de 2007; que esse setor jurídico permaneceu uns 2 ou 3 meses sem responsável; que a vice-presidente da reclamada reuniu o pessoal do setor jurídico e informou que o reclamante, a partir de certa data, estaria assumindo o setor jurídico; que não sabe



ACÓRDÃO
0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 31

informar quais as atividades do reclamante na assessoria da Presidência; que nessa reunião supra citada a Vice-Presidente, Maria Rita, colocou para o pessoal do jurídico que o reclamante reunia todas as condição para assumir o setor; (...) que o gerente do setor jurídico é subordinado diretamente à Diretoria, que é formada por médicos; que o gerente do setor jurídico fica 'mais ou menos' no mesmo nível do assessor da Diretoria e se reporta diretamente à Diretoria; que não sabe informar se houve diminuição do valor do salário quando o reclamante passou de assessor de diretoria para gerente jurídico(...)"

Diante do depoimento acima, verifico que não restou claro que o autor tenha exercido as funções de gerente jurídico já em março de 2007. Saliento que a testemunha sequer soube informar as atividades exercidas pelo autor. O documento da fl. 39 em nada contribui para a tese do autor, uma vez que não há como saber as funções dos colegas para os quais enviou o citado e-mail. O documento da fl. 41 também não comprova que o reclamante já era coordenador do departamento jurídico a partir de março de 2007, uma vez que a data da edição da revista consta escrita a mão, e não impressa.

Contudo, no documento da fl. 43 consta que ocorreu uma reunião trimestral da diretoria plena do SIMERS em 19 de outubro. Verifico, ainda, que no referido documento consta o cargo de coordenador da Assessoria Jurídica para autor. Presumo que ocorreu tal reunião em 19-10-2007, já que a edição da revista ocorreu em janeiro de 2008. Assim, entendo



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 32

que autor exerceu o cargo de gerente jurídico somente a partir de 19-10-2007 e não a partir de abril de 2007.

Portanto, o reclamado deverá proceder na retificação da CTPS do autor para que conste o cargo de gerente jurídico a partir de 19-10-2007.

Defiro parte do pedido da alínea “b” da exordial. (fls. 289v-290).

Assim, como bem decidido na origem, a prova produzida nos autos não é forte o suficiente para acolher integralmente a pretensão do autor. Nota-se que o relato da testemunha Flávia não se mostrou firme o bastante acerca dos fatos relativos ao início do exercício pelo autor do cargo de Gerente Jurídico.

Além disso, apesar de o réu não ter impugnado especificamente os documentos mencionados, o processo do trabalho está embasado no princípio da livre convicção do Magistrado que, por intermédio da persuasão racional, deve fundamentar as razões de fato e de direito que o levaram a decidir. Logo, diante da ausência de impugnação, há a presunção relativa de validade do documento, cujo conteúdo e forma podem ser avaliados pelo livremente pelo Julgador.

Recurso ao qual se nega provimento.

3.2 SOBREAVISO

Embora a Juíza de origem tenha indicado que a testemunha Flávia confirmou a ocorrência de plantão de 24 horas e que o autor participava do referido plantão, concluiu não estar demonstrado que ele *permanecesse em regime de sobreaviso típico, com restrição à liberdade de locomoção*



ACÓRDÃO
0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 33

que lhe impedisse o convívio social (fl. 293).

O recorrente investe contra o indeferimento do seu pedido de pagamento das horas de sobreaviso, afirmando que juntou aos autos o documento que descrevem o funcionamento do "Pronto SIMERS" ou "Plantão da Diretoria", não tendo sido objeto de impugnação pelo réu. Diz que também foram colacionados *e-mails*, os quais evidenciam as escalas deste plantão, com atendimento jurídico pelo empregado durante 7 dias corridos. Conclui estar demonstrada a impossibilidade de afastamento do plantonista do seu domicílio e do alcance da rede da prestadora do serviço de telefonia celular.

Analisa-se.

Nos termos definidos no § 2º do art. 244 da CLT, aplicável analogicamente, o sobreaviso ocorre quando o empregado "*permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço*". Conforme tal regra, para a configuração do regime de sobreaviso não basta a ocorrência de eventuais, ou mesmo habituais, atendimentos fora do horário normal de trabalho, ou mesmo a possibilidade de ser localizado a qualquer momento, sendo necessária a prova de que o empregado tenha restringida a sua possibilidade de locomoção por exigência do empregador que lhe impõe, tácita ou expressamente, a obrigação de permanecer à disposição para as chamadas. Salienta-se, ainda, que o uso de aparelhos eletrônicos, como bip, celulares e afins, por si só, não caracterizam o regime de sobreaviso, nos termos da Súmula n. 428 do TST.

No caso em tela, o próprio réu admite, na sua defesa, que o autor *raramente ficou na escala de sobreaviso* (vide fl. 120), bem como a prova testemunhal demonstra a existência de escala de sobreaviso na empresa



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 34

ré, esclarecendo sua forma de ocorrência a testemunha ouvida e convidada pelo autor, Flávia Regina Souza e Silva:

[...] que plantão SIMERS é um telefone que ficava de plantão 24 horas, para assessoria jurídica; quem atendia o telefone era um dos assessores da diretoria; que o reclamante participava de tal plantão inclusive quando era gerente jurídico; que a escala era de 7 dias seguidos e era dividida entre 5 pessoas; que o número 0800, por ter um sistema de 'siga-me', caía diretamente no celular da pessoa que estivesse de plantão; que os plantões abrangiam os feriados [...]. (fl. 284).

Segundo se infere das informações colhidas, diferentemente do que decidiu o Juízo de origem, tem-se que o autor logrou êxito em demonstrar que a sua locomoção era restringida em função das atividades realizadas junto ao Sindicato autor, ônus que era seu, nos termos dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC.

Diante da nova redação da Súmula n. 428 do TST, em seu item II, tem-se que o sobreaviso resta caracterizado quando *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.*

No caso dos autos, embora não tenham sido juntadas as escalas de plantões, a prova testemunhal confirmou a ocorrência destas, na quantia de sete dias seguidos a cada cinco semanas. Cumpre destacar que os plantões eram realizados durante 24 horas nestes 7 dias seguidos. No entanto, as horas de sobreaviso devem incidir a partir do término da jornada



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 35

normal de trabalho do autor - considerados os cartões-ponto juntados aos autos e a jornada de trabalho arbitrada no período em que ausente os registros - até o início da jornada normal de trabalho do dia seguinte.

Por conseguinte, está evidenciada a existência de plantões/escalas, estando demonstrada a imobilidade do empregado nas oportunidades em que escalado, uma vez que era o único empregado responsável por fazer os atendimentos de urgência aos associados. Tal situação fática enseja o direito do empregado ao recebimento das horas de sobreaviso, na forma do artigo 244, § 2º, da CLT.

Destarte, entende-se que o autor faz jus ao pagamento das horas de sobreaviso, que devem incidir a partir do término da jornada normal de trabalho do autor - considerados os cartões-ponto juntados aos autos e a jornada de trabalho arbitrada no período em que ausentes os registros - até o início da jornada normal de trabalho do dia seguinte, durante sete dias seguidos a cada cinco semanais, a serem calculadas na fração de 1/3 sobre o valor da hora normal, com reflexos em repousos semanais remunerados, férias com 1/3, décimos terceiros salários, aviso-prévio e FGTS com 40%.

3.3 INDENIZAÇÃO PELO USO DE IMAGEM E PRODUÇÃO INTELECTUAL

A Juíza do primeiro grau decidiu que a utilização pelo réu das palestras ministradas pelo autor e dos "slides" por ele elaborados de orientação sobre direito médico, mesmo após a extinção do contrato de trabalho, não configura ato ilícito capaz de ensejar a postulada indenização, pois no seu entender não há qualquer produção intelectual envolvida, na medida em que



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 36

tem caráter educativo.

O autor não se conforma com esta decisão e recorre. Alega não ter postulado indenização por danos morais, mas indenização por uso indevido de sua imagem e produção intelectual, sem autorização, mesmo após o término do vínculo contratual. Destaca ter juntado ata notarial provando que, no dia 31 de janeiro de 2013 (quase dois anos após a extinção do contrato de trabalho), o portal educacional chamado UNISIMERS, localizado no sítio do réu na internet, ainda disponibilizava ao público em geral - não apenas aos sócios, as gravações em áudio e vídeo de quatro palestras de autoria do autor, com apoio da ferramenta *power point*. Entende que a divulgação em questão também foi utilizada como propaganda para angariar novos associados. Invoca o artigo 20 do Código Civil.

Analisa-se.

De pronto, é importante destacar que o vindicado direito do autor ao pagamento de indenização está pautado na violação do direito de uso de imagem e de produção intelectual, na medida em que alega não ter autorizado a manutenção de divulgação das suas palestras e materiais após a extinção do contrato de trabalho. Por isso, é necessário tecer algumas considerações a respeito destes direitos.

O direito de imagem esta assegurado na Constituição da República, em seu artigo 5º, incisos X e XXIII, alínea 'a', e esta inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais. Além disso, também está previsto no artigo 20 do Código Civil, *in verbis*:

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 37

escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Este direito classifica-se como absoluto, essencial, disponível, extrapatrimonial, intransmissível e irrenunciável. O diferencial em se tratando dos demais direitos de personalidade, é que o direito de imagem é disponível, ou seja, o seu titular pode autorizar a divulgação da sua imagem.

Para o autor Arion Sayão Romita, a regra contida no Direito Civil (artigo 20, do Código Civil/2002) não é incompatível com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho, razão pela qual a regra nele inscrita encontra aplicação no âmbito da relação de emprego (*in* Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho, São Paulo, LTr, p. 274). Portanto, em regra, se autorizada pelo empregado a divulgação da sua imagem pelo empregador, não haveria direito à indenização, salvo se ofender a honra do trabalhador.

Segundo a doutrina, a proteção constitucional da própria imagem abrange a imagem-atributo da personalidade e a imagem-retrato. A imagem-atributo da personalidade pode ser resumida como a imagem que a pessoa exterioriza nas suas relações sociais, revelando-se como a reputação de que goza em seu meio social, de trabalho, familiar, etc. Por sua vez, a imagem-retrato diz respeito à reprodução da imagem da pessoa por meio de fotografia, televisão, cinema, desenho, gravura, escultura, pintura e outras formas representativas da pessoa.

No contrato de trabalho, a ofensa à imagem-retrato do empregado, salvo as hipóteses de autorização, administração da Justiça e ordem pública, pode



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 38

ocorrer em duas situações: quando da publicação resultar ofensa à honra, à boa fama ou à respeitabilidade do empregado ou quando se destinar a fins comerciais. A utilização da imagem-retrato de um empregado em propaganda comercial, sem a autorização dele, implica a obrigação do empregador de pagar uma indenização, ainda que não acarrete dano à boa fama do trabalhador. A propósito, cita-se o teor da Súmula n. 403 do STJ:

Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

Este entendimento está respaldado na circunstância de que houve afronta ao direito da imagem da pessoa, com a finalidade comercial. Pressupõe-se que o empregador auferiu algum benefício com a publicação.

De outra parte, o Ministro Maurício Godinho Delgado, no artigo "Direitos da Personalidade (intelectuais e Morais) e Contrato de Emprego", esclarece que os direitos intelectuais - ou direitos derivados da propriedade intelectual - se encontram entre os efeitos conexos do contrato de trabalho, sendo aqueles que se relacionam à autoria e à utilização de obra decorrente da produção mental da pessoa, ou seja, *São vantagens jurídicas concernentes aos interesses morais e materiais resultantes de qualquer produção científica, literária ou artística*. O autor ensina, ainda, o seguinte:

Os direitos intelectuais podem ser desdobrados em alguns tipos específicos, cuja regência é regulada por textos normativos próprios. Nesse conjunto, citem-se os direitos do autor, os direitos da propriedade industrial e, finalmente, os direitos



ACÓRDÃO
0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 39

relativos à criação de utilização de software.

Os direitos do autor são referidos pelo art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, da Carta Constitucional de 1988, regendo-se também pela antiga Lei 5.988/73 e, hoje, pela nova Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610, de 19.02.98).

Os direitos da propriedade industrial estão englobados no art. 5º, XXIX, da Carta Magna, regulando-se também pelo antigo Código de Propriedade Industrial (Lei 5.772/71) e, a contar de maio de 1997, pela nova Lei de Patentes (n. 9.279/96).

Finalmente os direitos intelectuais relativos à criação e utilização de software, que se englobam nos dispositivos constitucionais acima citados, regendo-se, ainda, pela antiga Lei 7.646/87 e, hoje, pela nova Lei 9.609, de 19.02.98.

Apesar destes direitos estarem relacionados diretamente com os direitos individuais de personalidade, os direitos intelectuais também estabelecem vínculos estreitos com o direito do trabalho. Isto porque muitas vezes a produção intelectual advém da contratação de serviços pelo empregador.

Assim, por aplicação restritiva da lei, para que também se verifique a proteção da propriedade intelectual ao empregador quanto aos direitos autorais, faz-se necessário que haja previsão expressa sobre a transferência de propriedade no contrato de trabalho, ou em contrato à parte. Segundo o inciso II do artigo 49 da Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/98), somente é admitida a transmissão total e definitiva dos direitos de autor mediante estipulação contratual.

No caso dos autos, a tese da defesa é no sentido de que *Todos os*



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 40

trabalhos de pesquisa, consultoria e assessoria jurídica, seja através de pareceres, apresentações, slides, bem como gravações de palestras com imagens do reclamante faziam parte de sua atribuições. Ainda, argumentou o réu que todo o material relativo ao trabalho que foi executado para o empregador durante o pacto laboral pertence ao empregador, independentemente do rompimento do vínculo empregatício. Sinalou, por fim, que a exibição das apresentações do autor não tem finalidade lucrativa ou de publicidade, sendo direcionado de forma gratuita para a categoria dos médicos (vide fl. 125).

Consoante revela a ata notarial juntada pelo autor (fl. 69), lavrada em 31-01-2013, o Tabelião acessou o sítio do réu na internet (www.simers.org.br), no item UNISIMERS Portal de Educação Médica Continuada, tendo visualizado quatro vídeos referentes a palestras ministradas pelo demandante e também os respectivos *slides*. Nota-se que o contrato de trabalho do autor foi extinto em 23-3-2011, ou seja, praticamente dois anos após a cessação das obrigações contratuais permaneceu o empregador veiculando tais palestras no conteúdo do seu sítio, o que não se mostra cabível, mormente porque não foi colacionada aos autos qualquer autorização do ex-empregado neste sentido.

Além disso, as declarações da testemunha Daniel Alves também confirmam a divulgação das palestras do demandante:

[...] que o reclamante ministrava palestras de teor jurídico que eram gravadas; que tais palestras eram disponibilizadas no 'site' do reclamado, através do 'link' do UNISIMERS; que esse 'link' tem intuito educativo; que somente sócios ou estudantes de medicina podia acessar esse 'link'; que os estudantes de



ACÓRDÃO
0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 41

medicina se associavam ao SIMERS pelo chamado núcleo acadêmico [...] (fl. 286).

Com a devida vênia à posição adotada pela Juíza de origem, entende-se que houve a violação ao direito de imagem, porque este é um direito subjetivo, sendo assegurado ao seu titular a possibilidade de permitir a sua divulgação, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Não está sendo questionado pelo autor a possibilidade de divulgação das suas palestras e do material por ele elaborado durante a vigência do seu contrato de trabalho. Realmente, como Gerente Jurídico, poder-se-ia inferir que tal tarefa estava inserida nas atribuições para as quais fora contratado, havendo a devida retribuição pecuniária em virtude do pagamento da sua remuneração mensal.

Ocorre que não se pode admitir que esta obrigação acessória, decorrente exclusivamente do contrato de trabalho celebrado entre as partes, permaneça íntegra após o término do vínculo empregatício. A utilização dos vídeos e dos *slides* pelo réu, após dois anos da extinção do contrato de trabalho, viola o direito de imagem do autor, garantido na Constituição da República (artigo 5º, incisos X e XXIII) e no Código Civil (artigo 20).

Tem-se que a divulgação de palestras do autor pelo Sindicato teve caráter institucional, com a finalidade de promover a própria instituição e angariar novos associados, bem como teve o propósito de qualificar e orientar os integrantes médicos e estudantes de medicina que acessam o sítio. A veiculação da imagem do réu certamente serviu para atrair melhores resultados empresariais em benefício do empregador, o que é possível constatar no conteúdo da notícia divulgada no portal do UNISIMERS, em



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 42

setembro de 2010:

O UNISIMERS, PORTAL DE EDUCAÇÃO Médica Continuada criado pelo Sindicato, atrai um número cada vez maior de profissionais gaúchos e também de outros Estados, como Santa Catarina e Rio de Janeiro. Este ano, a quantidade de visitantes das páginas de conteúdo especializado (www.unisimers.org.br) teve ampliação de 82,5%, somente de janeiro a junho. O aumento da procura dos internautas vem na esteira da mudança do leiaute do site, com o objetivo de torná-lo mais atrativo e ágil.

Uma das novidades introduzidas na visualização das palestras on-line é o fórum interativo, pelo qual o médico pode postar seus comentários a respeito do assunto tratado. Outro destaque são os links para as aulas com grande acesso e melhor avaliadas, bem como o espaço para a divulgação de eventos (vide documento da fl. 70).

Portanto, o autor faz jus ao pagamento de uma indenização em decorrência da manutenção da divulgada da sua imagem no sítio institucional do Sindicato demandado (ex-empregador), após a ruptura do contrato de trabalho, sem qualquer autorização. Extinta a relação de emprego que deu causa às gravações das palestras e à elaboração do respectivo material de apoio, não subsiste o direito do réu de divulgar a imagem do empregado. A indenização por dano moral decorre da ofensa ao direito de imagem, nos termos dos incisos V, X e XXVIII, alínea “a”, do artigo 5º da Constituição da República e 20 do Código Civil.

No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui



ACÓRDÃO

0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 43

natureza compensatória, minimizando de forma indireta as consequências da conduta do réu, decorrendo aquele do próprio fato. A conduta ilícita do réu faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, é o denominado dano moral puro.

Quanto à suposta violação de direito autoral, pela produção intelectual - criação dos *slides* relativos às palestras ministradas pelo autor - compartilha-se com o entendimento da Julgadora da primeira instância que adveio da contratação de serviços pelo empregador. Outrossim, como bem apontado, *De acordo com o artigo 8º da Lei 9.610/98, não são objeto de proteção como direitos autorais os procedimentos normativos, sistemas e métodos.*

Desse modo, a responsabilização do recorrido decorre exclusivamente da divulgação da imagem do autor após o término do contrato de trabalho, sem qualquer autorização, na forma do artigo 20 do Código Civil.

O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições do ofendido, a capacidade econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito, com base nestes parâmetros, entende-se que o valor de indenização deve ser fixado na ordem de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Dá-se provimento ao recurso ordinário do autor para determinar a cessação da exibição no portal da internet do réu das palestras ministradas pelo autor e para acrescer à condenação a indenização pela violação do



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO
0000267-16.2013.5.04.0022 RO

Fl. 44

direito de imagem no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS
(RELATOR)

DESEMBARGADORA BRÍGIDA JOAQUINA CHARÃO BARCELOS
TOSCHI

DESEMBARGADORA BERENICE MESSIAS CORRÊA