



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
6ª VARA DO TRABALHO DE GOIÂNIA
Rua T 29, 1403, Setor Bueno, GOIANIA - GO - CEP: 74215-901

RTOrd - 0011171-17.2017.5.18.0006

AUTOR: [REDACTED]

RÉU: [REDACTED]

Relatório

Vistos etc.

[REDACTED] ajuizou, em 03/07/2017, reclamação trabalhista em desfavor de [REDACTED] alegando que foi admitido em 01/04/2015, na função de consultor cooperativo, sendo dispensada sem justa causa em 10/11/2016. Alega que recebia comissões "por fora". Afirmar ainda que laborava em sobre jornada e em sobreaviso sem receber a paga correspondente e que não gozava do intervalo intrajornada mínimo. Alega também que percebia menos do que a paradigma apontada e que sofreu descontos indevidos. Alega finalmente que sofreu danos morais. Pleiteia: horas extras e reflexos, intervalo e reflexos, sobreaviso e reflexos, diferenças reflexas de comissões "por fora", indenização por danos morais, férias vencidas em dobro e proporcionais acrescidas de 1/3, FGTS e indenização de 40% do FGTS, multas dos artigos 477 e 467 da CLT, devolução de descontos, vale transporte, diferenças salariais e reflexos e honorários advocatícios. Requeru o benefício da justiça gratuita. Deu à causa o valor de R\$ 100.000,00. Juntou os documentos de Id. f060b6d a d175cbd.

Contestação sob Id. ed6028b, pugnando pela improcedência do pedido. Acostou a ré os documentos de Id. 47ba0e5 a 52f9c4a e abbb077.

À sua vez, o reclamante impugna, sob Id. 913e2ce, as alegações e documentos produzidos pela reclamada.

Prova testemunhal realizada, constando sob Id. 913e2ce.

Inconciliados. É o relatório.

Fundamentação

QUESTÃO PROCESSUAL

A testemunha do autor não merece crédito. Disse (Id. 913e2ce - Pág. 2) "que trabalhou na reclamado(a)(s) de abril de 2014 a meados de 2016, na função de consultor de vendas" e também "que, por 2 vezes, o depoente teve que pagar por erro de remarcação ou de emissão; que a primeira vez ocorreu no início de 2016".

O documento de Id. abbb077 comprova que a testemunha laborou na reclamada somente até 01/07/2015.

O reclamante foi admitido em 01/04/2015. Portanto, houve um curtíssimo período de labor junto com o autor. A falsa declaração da testemunha apresenta gravidade, posto que acrescenta cerca de um ano em relação ao período em que laborou na empresa, o que daria um peso muito maior às suas declarações, fator apto a alterar quase que inteiramente o resultado da presente demanda.

Com fulcro no artigo 793-D da CLT condeno a testemunha [REDACTED] a pagar

multa de 5% sobre o valor da causa, a ser revertida à reclamada.

DA EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Ao reclamante cabe provar o fato constitutivo de seu direito, a identidade de função, o que não logrou realizar. Indefiro o pedido de diferenças salariais por equiparação salarial, assim como os de seus reflexos.

DO PAGAMENTO "POR FORA" - COMISSÕES

A testemunha da ré afirmou (Id. 913e2ce - Pág. 3): "que, no departamento corporativo, os funcionários recebem, como estímulo, o chamado "over"; que os bilhetes têm um valor mínimo estipulado e, se o funcionário conseguir vender por um valor maior que este, ocorre o chamado "over"; que o funcionário recebe 10% do "over"; que, no turismo, não ocorre o "over"; que o depoente estima que, em razão dos preços das companhias serem tabelados, somente ocorre "over" em 20 ou 30% das vendas" e também "que o "over" não consta no contracheque; que o "over" era pago em dinheiro diretamente ao funcionário".

Referente ao valor das comissões, uma vez comprovado o pagamento "por fora", caberia à reclamada fazer prova do fato modificativo do direito do autor (art. 373, II, CPC), isto é, de que os valores recebidos extra-folha não atingiam a média informada na exordial.

A ré não trouxe aos autos o relatório das vendas efetuadas pelo obreiro, a fim de subsidiar o Juízo na aferição dos valores recebidos, e ainda impugnou as planilhas apresentadas pelo reclamante.

Por conseguinte, fixo o valor mensal das comissões recebidas "por fora", em R\$ 2.800,00.

Tendo sido reconhecida a existência de comissões é devido o repouso semanal sobre elas incidente, nos termos do artigo 7º, "c", da Lei 605/49. Defiro o pedido correspondente.

Defiro os pedidos de diferenças reflexas, pela sua integração na base de cálculo da remuneração em: aviso prévio, 13º salários, férias acrescidas de 1/3, FGTS e indenização de 40%. Além disso, deverá integrar a remuneração das parcelas eventualmente deferidas neste *decisum*.

DAS HORAS EXTRAS

Tem razão o autor ao afirmar, no Id. fff2e2f - Pág. 4, que as folhas de ponto do reclamante foram todas impressas no mesmo dia, o que pode ser constatado no canto superior direito dos referidos documentos. Portanto, tais documentos são inservíveis como meio de prova.

A testemunha da ré disse (Id. 913e2ce - Pág. 3) "que o reclamante trabalhava das 9h às 13h e das 15h às 19h". A referida testemunha também comprovou a existência de labor aos sábados.

Fixo a jornada de trabalho da requerente, das 9h às 13h e das 15h às 19h de segunda a sexta-feira e, em dois sábados por mês, das 8h às 12h30. Defiro como extras as excedentes à 44ª semanal.

Acrescidas de adicional de 80%, nos termos da cláusula 6ª da CCT de 2015/2016 e 31ª da CCT de 2016/2017. Divisor 220.

Por serem as horas extras habituais, defiro os pedidos de diferenças reflexas, pela sua integração na base de cálculo da remuneração em repouso remunerado (Súmula 172 do TST), aviso prévio indenizado (art. 487, § 5º, da CLT), 13º salários (Súmula 45 do TST), férias acrescidas de 1/3 (art. 142, § 5º, da CLT), FGTS e indenização de 40% (Súmula 63 do TST).

Nos termos da OJ 394 da SDI-1 não são devidas diferenças reflexas dos reflexos das horas extras em RSR, por caracterizarem *bis in idem*.

Deverão ser excluídos os períodos em que a reclamante não prestou serviço, tais como férias e licenças

médicas, desde que provados por documentos já acostados.

DO INTERVALO INTRAJORNADA

Indefiro os pedidos de pagamento de intervalo intrajornada e reflexos, pois foi respeitado o intervalo mínimo exigido pelo artigo 71 da CLT.

DAS HORAS DE SOBREAVISO

O sobreaviso, instituto previsto inicialmente para os ferroviários (artigo 244, § 2º, da CLT), possui dois requisitos: a permanência do empregado em sua casa e a possibilidade de a qualquer momento ser chamado para o serviço.

A testemunha da ré comprovou a existência de plantões. Mas não restou provada a alegação do autor de que teria que sua liberdade de locomoção restrita, aguardando ser chamado.

Por tais razões, indefiro o pedido de horas de sobreaviso.

DESCONTOS

Em relação aos descontos admitidos pela reclamada, defiro o pedido de restituição.

Indefiro o restante da verba postulada, por não provada.

DO LANCHE

As CCT de 2015/2016 e 2016/2017 garantem, em suas cláusulas 13ª e 15ª respectivamente o direito a lanche.

Caberia à ré a prova de seu fornecimento em natura, ônus do qual não se desincumbiu.

Defiro o pedido correspondente.

DO VALE TRANSPORTE

Cumprido ao empregador colher do empregado, quando da admissão, a declaração acerca da necessidade ou não do uso do transporte público e, em caso afirmativo, qual ou quais linhas utilizadas, nos termos do artigo 7º do Decreto 95.247/87.

O empregador desobriga-se da concessão do vale-transporte na hipótese de o empregado a ele renunciar. Caso o obreiro resida próximo do local de trabalho, ou disponha de meio de transporte próprio, o benefício pode não ser de seu interesse, em razão do disposto nos artigos 7º, § 2º c/c o artigo 9º, I, ambos do Decreto 95.247/87.

A reclamada não apresentou documento que comprovasse a não opção pelo vale-transporte.

Defiro o pedido correspondente, nos valores descritos na inicial, eis que restaram inimpugnados.

DAS MULTAS DOS ARTIGOS 477 E 467 DA CLT

A multa do artigo 477 da CLT, é prevista se o empregador, ao rescindir o contrato de trabalho, deixa de pagar as verbas rescisórias no momento oportuno. Havendo controvérsia judicial acerca das parcelas que compõem as verbas rescisórias, ou sua base de cálculo, e sendo aquelas somente reconhecidas em juízo, não se configura a hipótese prevista na norma citada. Indefiro o pedido correspondente.

Indefiro o pedido de multa do artigo 467 da CLT, pela ausência de verba rescisória incontroversa.

DOS DANOS MORAIS

Somente um ato ilícito ou culposo que cause lesão a um dos direitos da personalidade é passível de indenização a título de dano moral.

É necessária a presença concomitante dos quatro pressupostos do dever de indenizar: o fato, o nexo causal, a culpa e o dano.

No caso vertente, os fatos alegados são, em tese, passíveis de gerar pretensões de cunho patrimonial, mas não caracterizam lesão a direito da personalidade.

Indefiro o pedido correspondente.

DA REMUNERAÇÃO PARA EFEITOS DE LIQUIDAÇÃO

A remuneração para efeitos de liquidação deverá observar a evolução salarial do autor, conforme os comprovantes de pagamento acostados aos autos, acrescida das parcelas de natureza salarial acima reconhecidas.

As parcelas variáveis deverão integrar a base de cálculo, para fins de apuração de 13º salários, férias e verbas rescisórias, pela média dos últimos doze meses.

Se necessário, proceda-se conforme previsto no artigo 153, § único, do Provimento Geral Consolidado deste Egrégio Regional.

DA JUSTIÇA GRATUITA

A jurisprudência era pacífica no sentido de que em relação ao empregado o estado de miserabilidade é presumido, bastando para a concessão do benefício declaração nesse sentido. Nesta Especializada, somente em relação aos demais litigantes havia que se fazer prova da situação de miserabilidade.

Nos termos do novel § 3º, da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017, a presunção prevalece em relação àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Porém, nas demais hipóteses "O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo" (§ 4º do artigo 790, Consolidado).

No caso vertente, o autor extrapola o limite estabelecido pelo § 3º do artigo 790, acima citado.

Observa-se ainda que a instrução foi encerrada após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017 (Id. 01e9395). A prova de miserabilidade somente pode ser exigida nos processos cujas instruções se encerraram a partir de 13 de novembro de 2017, sendo esta a hipótese dos autos. Assim, deveria o reclamante desincumbir-se do ônus que já era lhe imposto à época, o que não ocorreu.

Portanto, com fulcro no § 3º do artigo 790 da CLT, indefiro ao autor o benefício da justiça gratuita.

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Nos termos dos artigos 14 e 16 da Lei 5584/1970, Súmulas 219 e 329 do TST e artigo 5º da Instrução Normativa n. 27 do TST, não são devidos honorários advocatícios na presente ação, posto que a lide decorre de relação de emprego e as partes não estão assistidas por sindicato.

Ademais, a condenação imposta à reclamada, através do pagamento das parcelas devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas dos juros legais, além de penalizar o empregador ainda restitui integralmente os prejuízos sofridos, que restaram devidamente provados nos autos.

Portanto, não se pode admitir, que o reclamante, detentor do *jus postulandi* (artigo 791 da CLT) ou mesmo da assistência judiciária sindical (súmulas 219 e 329 do TST), ao livremente optar pela contratação de advogado de sua confiança, repasse tal ônus à reclamada.

Nesse sentido a jurisprudência:

INDENIZAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARTICULAR PARA O INGRESSO DE AÇÃO TRABALHISTA COM O CONSEQÜENTE PAGAMENTO DE HONORÁRIOS. O direito de ação é um direito potestativo, de modo que não há como imputar ao réu a culpa pela contratação de serviços particulares de advocacia quando o meio de exercer este direito potestativo na Justiça do Trabalho pode se dar de forma não gravosa, através do *jus postulandi* ou da assistência do sindicato de classe. Além do mais, a relação mantida entre a autora e seu advogado não contou com a participação do reclamado, ficando apenas a critério das partes (autora e seu advogado) a definição dos honorários para o patrocínio e acompanhamento da ação trabalhista, de modo que se tem por aplicável o brocardo '*res inter alios acta, allis nec prodest nec nocet*', ou seja, "os atos dos contratantes não aproveitam nem prejudicam a terceiros". Apelo que se nega provimento (proc. 00390-2008-561-04-00-2, TRT 4ª Reg., 7ª T., Rel. Flávia Lorena Pacheco, publ. 24-9-08).

REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. HONORÁRIOS CONTRATUAIS DE ADVOGADO E HONORÁRIOS PERICIAIS. Indevida a reparação por perdas e danos (artigo 404/CCB) alegadamente causados pelo ex-empregador. Não obstante a permanência do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho ou a assistência de advogado credenciado junto ao sindicato de classe, a reclamante firmou contrato particular de honorários advocatícios. A pretensão carece de amparo legal. Recurso desprovido (proc. 00249-2008-561-04-00-0, TRT 4ª Reg., 2ª T., Rel. João Pedro Silvestrin, publ. 03-10-08).

Por esses fundamentos, indefiro o pedido.

Passo a analisar os honorários de sucumbência.

Em magistral síntese, Fabrício Lima Silva, Juiz do Trabalho do TRT da 3ª Região, discorre sobre a questão intertemporal no Direito Processual:

"Em matéria de direito intertemporal, são princípios gerais do direito a irretroatividade das leis e a aplicabilidade imediata da lei nova.

"Em relação à aplicação da lei processual no tempo, surgiram três teses: a) da unicidade processual; b) das fases processuais; e, c) do isolamento dos autos processuais.

"Pela teoria da unidade processual, o processo é considerado com um conjunto de atos inseparáveis, unidos por um mesmo objetivo e interdependentes entre si. Iniciado o processo sob a vigência de uma determinada lei, não é possível que uma nova norma surja e modifique o encadeamento e a natureza dos atos a serem praticados. Segundo esta teoria, o processo não pode ser regulado por leis diversas sobre o mesmo procedimento.

"Por sua vez, pela teoria das fases processuais, o processo pode ser dividido em fases autônomas, sendo que apenas cada fase corresponderia a um conjunto de atos inseparáveis. Todavia, superada uma fase do processo, seria possível a aplicação de uma nova legislação processual nas fases posteriores. Com a divisão do processo em fases postulatória, probatória, decisória e recursal, a lei nova poderia disciplinar as fases que ainda não tivessem ocorrido, sendo que aquelas iniciadas, mas pendentes de solução, continuariam sendo regulamentadas pela lei anterior.

"Por fim, para a teoria de isolamento dos atos processuais, a unicidade do processo não prejudica a autonomia dos atos processuais, sendo que cada ato praticado deve ser visto isoladamente e, desde que sejam respeitados os direitos e deveres decorrentes de cada um deles, a nova lei poderá ser aplicada aos atos subsequentes, mesmo que a fase ainda não tenha sido encerrada, mas não incidirá sobre os atos já praticados ou sobre os seus efeitos supervenientes, mesmo que surgidos apenas na vigência da lei nova, uma vez que os efeitos são indissociáveis do ato praticado ou que deixou de ser praticado.

"No Brasil, foi esta terceira teoria que foi acolhida pelo diploma processual civil, conforme o art. 14, do CPC, "A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada".

"Embora não exista previsão expressa sobre a questão intertemporal na Consolidação das Leis do Trabalho, o referido regramento seria plenamente aplicável ao processo do trabalho for força do disposto no art. 769, da CLT. (Aspectos processuais da Reforma Trabalhista, disponível em https://portal.trt3.jus.br/internet/imprensa/downloads/artigos/Artigo_FabrcioLimaSilva.pdf).

O fato de a teoria de isolamento dos atos processuais ter sido positivada, faz com que ela seja a regra em nosso direito. Não impede, entretanto, a aplicação das demais, desde que haja relevante questão jurídica a justificar seu afastamento.

Em se tratando de honorários advocatícios, utilizar a data da prolação da sentença como marco definidor das regras aplicáveis não atende à equidade.

Isto porque neste caso o que iria definir se as partes vão pagar ou receber honorários são os trâmites processuais, a vara para a qual a ação foi distribuída e até a região do País onde se litiga.

Portanto, aplica-se a teoria da unidade processual, para se considerar como sujeitas à incidência de honorários advocatícios somente as ações protocoladas a partir de 11 de novembro de 2017.

Assim, não são devidos honorários advocatícios na presente ação, posto que a lide decorre de relação de emprego e as partes não estão assistidas por sindicato.

O crime de falso testemunho é de cunho formal. Para sua configuração é necessário a ocorrência de declaração falsa, com potencialidade lesiva, sobre circunstância relevante.

Entendo presentes tais requisitos no depoimento da testemunha [REDACTED].

Como visto acima, a referida testemunha disse (Id. 913e2ce - Pág. 2) "que trabalhou na reclamado(a)(s) de abril de 2014 a meados de 2016, na função de consultor de vendas" e também "que, por 2 vezes, o depoente teve que pagar por erro de remarcação ou de emissão; que a primeira vez ocorreu no início de 2016".

O documento de Id. abbb077 comprova que a testemunha laborou na reclamada somente até 01/07/2015. O reclamante foi admitido em 01/04/2015. Portanto, houve um curtíssimo período de labor junto com o autor. A falsa declaração da testemunha acrescenta cerca de um ano em relação ao período em que laborou na empresa, o que daria um peso muito maior às suas declarações, fator apto a alterar quase que inteiramente o resultado da presente demanda, o que caracteriza circunstância relevante e potencial lesivo.

Em decorrência do disposto no artigo 40 do Código de Processo Penal, determino que se expeça ofício ao Ministério Público Federal, o qual deve ser acompanhado de cópia da presente sentença, da ata de Id. 913e2ce e dos documentos de Id. abbb077.

DOS DEMAIS OFÍCIOS

Oficie-se à SRTE, em razão das irregularidades administrativas constatadas, consoante dispõe o artigo 631 da CLT.

Oficie-se ao INSS, nos termos do artigo 44 da Lei 8.212.91.

Oficie-se a Caixa Econômica Federal, em razão do que dispõe o parágrafo único do artigo 25 da Lei 8.036/90.

Em decorrência do disposto nos artigos 40 do Código de Processo Penal, 337-A, I e III, do Código Penal e 17 da Lei 8.213/91 c/c 19 do Decreto 3.048/99, determino que se expeça ofício ao Ministério Público Federal.

Todos os ofícios acima determinados devem ser acompanhados de cópia da presente sentença.

O ofício destinado ao Ministério Público Federal deve ser instruído também com cópia da ata de Id. 913e2ce.

Dispositivo

Pelo exposto, julgo procedentes, em parte, os pedidos formulados por [REDACTED] em face de [REDACTED] para condenar a reclamada a pagar ao reclamante: diferenças reflexas de pagamento "por fora", horas extras e reflexos, lanche, vale transporte. Condeno a testemunha [REDACTED] a pagar a reclamada multa de 5% sobre o valor da causa. Tudo nos termos da fundamentação.

Juros e correção monetária na forma da lei e da Súmula 200 do TST. Os primeiros desde o ajuizamento da ação e a segunda a partir de quando se tornou devida cada parcela, observada, quanto aos salários, a Súmula 381 do TST.

Todas as parcelas deferidas possuem natureza salarial, com incidência de contribuição ao INSS, salvo: 1) lanche e vale transporte; 2) reflexos das parcelas deferidas em: férias acrescidas de 1/3, FGTS e indenização de 40%. Deverá o reclamado recolher, e comprovar nos autos, as contribuições previdenciárias, em oito dias, sob pena de execução direta, autorizada a dedução da quota-parte da reclamante, observado o limite legal. Tudo na forma da Súmula 368, III, do TST.

Descontos fiscais conforme a Súmula 368, II, do TST.

Custas pelo reclamado no importe de R\$ 300,00, calculadas sobre R\$ 15.000,00, valor arbitrado à condenação, na forma do artigo 789, I, e seu § 2º, da CLT.

Notifiquem-se as partes e a testemunha apenada.

Cumpra-se.

Nada mais.

GOIANIA, 6 de Abril de 2018

EDUARDO TADEU THON
Juiz do Trabalho Substituto