



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

PROCESSO TRT/SP Nº 1001311-27.2016.5.02.0047 - 1ª TURMA
RECURSO ORDINÁRIO
ORIGEM: 47ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO
RECORRENTE: SULEIMA DE GOUVEIA
RECORRIDA: MAIS PROPAGANDA E MARKETING LTDA.
RELATORA: ALCINA MARIA FONSECA BERES

Inconformada com a r. sentença (Id 50405a7), que julgou improcedente a presente ação, recorre ordinariamente a reclamante pretendendo a sua reforma quanto a indenização por danos morais e horas extras, conforme razões expendidas (Id 0d86353).

Apelo tempestivo, subscrito por procurador constituído nos autos (Id 18c1c65), isento de preparo e respondido (Id 4892053).

É o relatório.

VOTO

DA ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço o recurso ordinário interposto.

MÉRITO

DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Insurge-se a reclamante contra a improcedência do pedido de indenização por danos morais, sustentando, em suma, que a prova oral produzida no feito comprova as suas alegações.

À análise.

Da pretensão articulada na petição inicial (Id 45c7b7d) derivam dois elementos: a injúria praticada e a prática do crime contra a honra por funcionário da reclamada. A este último aspecto, relevante socorrer-se do direito civil, no capítulo pertinente à responsabilidade civil.

O Código Civil, no artigo 932, inciso III, dita que o empregador será também responsável por e do tema feita por seus empregados, no exercício do trabalho que lhes competir. A interpretação de tal dispositivo, nas letras de Bevilácqua, declara que o fundamento para a responsabilidade do patrão é a imprudência na escolha dessas pessoas, a retratar a culpa *in eligendo*, e os requisitos da responsabilidade são: que o ato ilícito seja praticado no trabalho ou por ocasião dele e que o agente seja, de fato, um preposto.

Pois bem, da análise dos elementos probatórios contidos nos presentes autos, notadamente, a prova oral, constata-se que restou demonstrado que a superiora hierárquica da reclamante, Sra. Isaíra, impôs à ela afirmações injuriosas, na medida em que a testemunha ouvida a convite da obreira afirmou que:

*"que a superiora da reclamante era a Sra. Isa, e a depoente era subordinada ao dono da reclamada; que as **ofensas da Sra. Isa para com a reclamante eram constantes**, sendo que **em várias ocasiões a depoente presenciou a Sra. Isa após o almoço, quando estavam escovando os dentes no banheiro, dizer para a reclamante que o banheiro desta era o do lado (masculino)**; ... ; que a **reclamante passava mal em razão dessas ocorrências reiteradas**; que **em determinada ocasião, a depoente saiu para fumar, por volta das 10h00, e ao retornar, pegou o elevador juntamente com a reclamante e, ao chegarem ao andar em que trabalhavam, a Sra. Isa apontou para a reclamante e a depoente e disse: "Nossa, Fernanda e Luan Santana!"**" (Id 95f2ff5, página 2)*

Ressalte-se que a robustez da prova testemunhal é evidente, eis que a singular testemunha estava junto à reclamante nas diversas oportunidades em que ela foi vítima das ofensas homofóbicas, não se constituindo seu depoimento em mero "ouviu falar".

Por outro lado, o fato da testemunha ouvida a rogo da reclamada afirmar que *"nunca presenciou a Sra. Isa ofendendo a reclamante"* não significa, a toda evidência, que as injúrias não ocorreram.

Destarte, uma vez que os elementos nos autos revelam a discriminação sofrida pela autora, impõe reconhecer-se a responsabilidade da empresa-ré, e pontifico como justa a reparação do dano moral.

Dada a peculiaridade do objeto controvertido, realço a análise do tema feita por Marcelo Roberto B. Válio, *in* "Os Direitos de Personalidade nas Relações de Trabalho", apontando que a homossexualidade é vista na sociedade atual como fator discriminatório, tanto nas relações extra e intra trabalhistas.

A liberdade sexual e a opção sexual são direitos e garantias fundamentais de liberdade de escolha do parceiro ou parceira, pautados no princípio da preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem da pessoa (art. 5º, inciso X, da Constituição).

O tema orientação sexual ou opção sexual e liberdade sexual, implicam na identificação de pessoas pela preferência de parceiros ou parceiras, quer seja o heterossexual e o homossexual. Este, alvo de discriminação, pode ser a lésbica, o travesti, o gay e o bissexual. A diferença marcada pela orientação sexual e liberdade sexual, podem gerar a discriminação.

Neste sentido podemos ratificar que a homofobia gera necessariamente a discriminação, que está presente não só nas relações cotidianas quando, por exemplo, os homossexuais sofrem violências físicas, morais e psicológicas, mas também nas relações de trabalho.

No trabalho, para se proteger contra a discriminação, os homossexuais escondem sua própria identidade e características personalíssimas. Porém, esconder e maquiar a própria identidade não é tarefa fácil, pois implica em cuidados extremos e vexatórios.

Princípio contido na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 23 - 1, implica em preservar o trabalhador com condições justas e favoráveis de trabalho.

Todavia, a legislação nacional não trata diretamente da opção sexual, mas os princípios constitucionais permitem identificar os objetivos fundamentais nacionais, como sendo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ademais, os incisos VII e VIII, do artigo 170, da Constituição Federal apontam no sentido da redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do

pleno emprego.

Os princípios constitucionais voltados aos direitos e garantias fundamentais, garantem, por si só, a não discriminação por opção sexual, pois todos são iguais perante a lei, assim como homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, sendo-lhes garantidas a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da pessoa, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Outrossim, a Constituição Federal, ao elencar os direitos sociais, proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Esses direitos se dirigem a todos os trabalhadores, inclusive àqueles de opção sexual diversa do trabalhador heterossexual.

A ausência expressa do quesito opção sexual do indivíduo, tanto na Constituição quanto na legislação ordinária, no entanto, não impede a construção jurisprudencial que afasta o preconceito e a discriminação nas relações de trabalho.

No que tange ao arbitramento do valor de indenização por danos, conforme o entendimento doutrinário e jurisprudencial sedimentado, o julgador deve pautar-se pelos seguintes critérios: extensão do dano, gravidade da culpa, potencial econômico das partes, caráter pedagógico ou inibitório da penalização e a vedação do enriquecimento sem causa da vítima.

Portanto, diante do cenário delineado e considerando-se os referidos critérios, dou provimento ao recurso, no aspecto, para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais à reclamante, no montante de R\$10.000,00 (dez mil reais).

A correção monetária e os juros de mora incidentes sobre o valor da indenização por danos morais deverão seguir as disposições da Súmula 439 do Tribunal Superior do Trabalho.

Em face do caráter indenizatório do título ora deferido, não há se falar em recolhimentos fiscais ou previdenciários.

Reformo.

DAS HORAS EXTRAS

A reclamante não se conforma com a improcedência do pedido de

horas extras, sob a alegação de que a prova oral comprovou a invalidade dos controles de frequência, bem como a jornada de trabalho declinada na exordial.

O inconformismo não prospera.

Isto porque, nos termos do artigo 818 da CLT e do artigo 373, inciso I, do CPC, cumpria à obreira demonstrar o fato constitutivo de seu direito, todavia, desse ônus não se desvencilhou satisfatoriamente.

Com efeito, na petição inicial a autora alegou que laborava, em média, das 10h00' às 19h00' de segunda e terça-feira; das 10h00' às 21h00' de quarta a sexta-feira, com uma hora de intervalo intrajornada; e que os espelhos de ponto não retratavam a real jornada cumprida, pois *"sempre foram manipulados pela reclamada (saída 21h00 = constava do espelho de ponto 19h03)"* (Id 45c7b7d, página 2).

No entanto, a testemunha ouvida a convite da reclamante afirmou que **"via a reclamante trabalhando até as 21h00/22h00, em média três dias por semana; ...; que havia controle de ponto biométrico na reclamada, e várias vezes os funcionários batiam o ponto e retornavam ao trabalho; que isso ocorria quase todos os dias; que a máquina de controle de ponto biométrico emitia comprovante; que a reclamante usufruía de 40 minutos a 01 hora de intervalo para refeição; que raramente a depoente e a reclamante conseguiam usufruir de mais de 01 hora para intervalo; que a reclamante, por ser coordenadora, almoçava sozinha e geralmente usufruía de menos tempo de intervalo"**, ampliando, assim, os termos da lide. Por consequência, seu depoimento não sensibiliza como meio de prova, no aspecto, por elastecer ainda mais a versão da exordial.

Ressalte-se, por outro lado, que a testemunha ouvida a rogo da reclamada afirmou categoricamente que **"havia controle de ponto biométrico na reclamada; que a depoente não registra o ponto, mas os seus funcionários subordinados registram a saída e deixam as dependências da empresa, por ordem da diretoria; que é necessário pedir autorização para realizar horas extras através do sistema, e o funcionário pode ficar trabalhando após o expediente após a autorização da diretoria"**.

Dessa forma, está correta a decisão de origem.

Mantenho.

Presidiu o julgamento a Exma. Sra. Desembargadora Lizete Belido

Barreto Rocha (Regimental).

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Alcina Maria Fonseca Beres, Maria José Bighetti Ordoño Rebello e Willy Santilli.

DISPOSITIVO

ACORDAM os Magistrados integrantes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em:por unanimidade de votos, **CONHECER** o recurso ordinário interposto pela reclamante, Suleima de Gouveia, e, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, no montante de R\$10.000,00 (dez mil reais), devendo a correção monetária e os juros de mora incidentes seguir as disposições da Súmula nº 439 do C. TST, nos termos da fundamentação do voto, mantida, no mais, a r. sentença recorrida. Custas, em reversão, pela reclamada, no importe de R\$200,00, calculadas sobre o valor ora arbitrado para a condenação (R\$10.000,00).

ALCINA MARIA FONSECA BERES
Juíza Relatora

epo



Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a:
[ALCINA MARIA FONSECA BERES]

<https://pje.trtsp.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>



17072816353481500000018551384