



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA STELA ÁLVARES DA SILVA CAMPOS

**RECORRENTES: WALTER NERY ADVOCACIA E WALTER NERY CARDOSO
CLÁUDIA MARIA CHAVES**

RECORRIDO: OS MESMOS

EMENTA: ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. HONORÁRIOS PARA ELABORAÇÃO DE CÁLCULOS. PAGAMENTO DE COMISSÕES. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO DEVIDA. A prestação de serviços de liquidação contábil postos à disposição de seus clientes integra a atividade principal dos reclamados, que supervisionavam a atividade e remuneravam a empregado que a executava mediante comissões percentuais incidentes sobre os honorários cobrados especificamente a tal título. Assim quitadas, as comissões tem natureza salarial e integram a remuneração.

Vistos os autos.

RELATÓRIO

O MM. Juiz Cristiano Daniel Muzzi da 22ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG, através da decisão de fls. 1.390/1.396, cujo relatório adoto e a este incorporo, julgou procedentes, em parte, os pedidos formulados pela autora, condenando os reclamados ao pagamento de integrações da comissão extra folha, horas extras e minutos de intervalo suprimido, com reflexos.

Opostos embargos de declaração, foram julgados procedentes, em parte (Decisão de fls. 1407/1408), e procedentes (Decisão de fls. 1445), efetuando esclarecimentos e acrescentando ao dispositivo sentencial o pagamento de diferenças correspondentes à evolução do valor do salário mínimo para composição da remuneração, com reflexos.

Os reclamados interpuseram recurso ordinário (fls. 1411/1443). E, em face da decisão de embargos de declaração, os reclamados reiteraram e aditaram o recurso ordinário a fls. 1446/1448.

Contrarrazões a fls. 1477/1531, arguindo a



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F.____

preliminar de não conhecimento do apelo por irregularidade do preparo e por não enfrentar os fundamentos da decisão. No mérito, impugnou as razões recursais e requereu a aplicação de multa por litigância de má-fé.

A reclamante interpôs recurso ordinário (fls. 1450/1475).

Contrarrazões patronais às fls. 1532/1537.

Dispensada a remessa dos autos para emissão de parecer escrito pelo d. MPT a teor do art. 82 do Regimento Interno deste Regional.

É o relatório.

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO SUSCITADA PELA RECLAMANTE EM CONTRARRAZÕES

Sem razão a reclamante argui, em contrarrazões, o não conhecimento do recurso, por irregularidade do preparo, uma vez que houve recolhimento de custas apenas pelo segundo reclamado, e por não enfrentar dos fundamentos da decisão.

A análise das guias de fls. 1412/1413 informa que ambos os reclamados efetivaram o depósito recursal, sendo que apenas o segundo reclamado recolheu as custas, conforme atesta a guia de fls. 1414. A leitura do recurso permite constatar, todavia, que apenas o primeiro reclamado pretende sua exclusão da lide. Não havendo pretensão de exclusão da lide pelo litisconsorte que recolheu as custas, a hipótese amolda-se no inciso III, da Súmula 128 do C. TST, que prescinde de requerimento expresse para aplicação do entendimento nela contido. O preparo é, portanto, regular.

No que concerne à alegação de que o apelo é infundado, a análise do recurso interposto pelos reclamados evidencia a objeção expressa às várias questões abordadas pela sentença, atacando seus fundamentos de forma direta, pelo que não se configura a hipótese vindicada pela autora com base na Súmula 422 do C. TST.

Rejeita-se, portanto, a preliminar arguida.

Conheço dos recursos, presentes seus



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F.____

requisitos de admissibilidade, inclusive prazo legal para interposição, preparo (fls. 1412/1414) e representação processual regular.

Conheço também das contrarrazões, apresentadas a tempo e modo.

**PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA
POR CERCEAMENTO DE DEFESA –
ACOLHIMENTO DE CONTRADITA DE TESTEMUNHA**

Argüem os reclamados a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, ante ao acolhimento de contradita de testemunha, ao fundamento que o impedimento previsto pelo inciso III do § 2º do art. 405 do CPC, aplicado pelo juízo de origem para deferir a contradita, restringe-se à hipótese de assistência no mesmo processo, o que não se deu na espécie, além de não ser aplicável ao processo do trabalho, que conta com regra específica no artigo 829 da CLT.

Ao exame.

Dispõe o artigo 769 da CLT que o Direito Processual Comum é, nos casos omissos, fonte subsidiária do Processo do Trabalho, salvo naquilo em que forem incompatíveis.

A leitura do artigo 829 da CLT permite constatar que o diploma legal em questão tratou apenas sobre o impedimento de parente, amigo ou inimigo de qualquer das partes, sendo omissos no que toca ao impedimento e suspeição por outras razões, impondo-se a aplicação supletiva ao processo do trabalho do artigo 405 § 2º, III do CPC, que prevê o impedimento do advogado que assista ou tenha assistido à qualquer das partes.

A aplicação do citado dispositivo no presente caso comporta interpretação diversa daquela que pretendem dar-lhe os recorrentes. Isto porque, embora aleguem que o impedimento em questão aplica-se apenas às hipóteses em que o advogado tenha atuado no mesmo processo em que se pretende ouvi-lo como testemunha, o fundamento desta restrição reside no fato de que o procurador da parte, na mesma ação, possui conhecimento dos fatos não por si próprio, mas por meio de seu constituinte, e sobre eles deve guardar sigilo profissional.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

E a hipótese versada nos autos é de uma mesma demanda, embora ajuizada por meio de dois processos distintos, o segundo proposto após a extinção, sem resolução do mérito, do primeiro. Tratando-se, pois, de uma só demanda, os fatos de que tinha conhecimento a advogada anterior dos reclamados somente podem ser aqueles mesmos a que ela teve acesso quando da sua constituição como procuradora dos reclamados. Neste contexto, a restrição, ao mesmo processo, do impedimento imposto ao advogado que assistiu a uma das partes para testemunhar, engloba a mesma demanda deduzida em juízo, envolvendo as mesmas partes e idênticos fatos e questões de direito, ainda que repetida na forma de mais de um processo.

Neste contexto, correto o acolhimento da contradita apresentada em face da testemunha Denise Ferreira Marcondes (fls. 1388), que patrocinara os réus em processo envolvendo as mesmas partes e matéria – mesma demanda –, pelo que não houve cerceamento de defesa.

Rejeita-se, portanto, a preliminar de nulidade.

**PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA
POR CERCEAMENTO DE DEFESA –
INDEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHA**

Os reclamados suscitam a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, ante ao indeferimento de substituição da testemunha que não fora ouvida em razão de impedimento.

Examina-se.

Os artigos 821 e 825 da CLT garantem às partes o direito de escolher livremente as testemunhas que indicarão ao juízo para inquirição, respeitado o limite máximo de três testemunhas.

No presente caso, após o indeferimento da oitiva da testemunha Denise Ferreira Marcondes (fls. 1388/1389), os reclamados apresentaram outra, a testemunha Solange Justina Soares Pessoa, que foi regularmente inquirida. Somente após a oitiva da terceira testemunha apresentada pelos réus é que estes formularam requerimento no sentido de substituir a testemunha que não fora ouvida, o que foi corretamente indeferido.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

Isto porque a prerrogativa de substituição de testemunha pressupõe, por imposição lógica, a indicação da testemunha que se pretende substituir, no momento apropriado. Na presente hipótese, ante o indeferimento da oitiva da segunda testemunha indicada pelos réus, estes não formularam requerimento de sua substituição. Ao contrário, indicaram a terceira testemunha para ser inquirida, o que implica na preclusão lógica da oportunidade para substituir a testemunha contraditada anteriormente. O pleito de substituição de testemunha somente se deu quando já ouvida a terceira testemunha indicada pelos réus, sendo-lhes, pois, vedada a indicação de outra.

Não bastasse isso, não há prova nos autos de que a testemunha que os réus pretendiam indicar em substituição estava presente na sede da Vara na ocasião da audiência, como sustentam os recorrentes. Desta forma, desatendida a norma do artigo 821 da CLT.

Ademais, os reclamados arcaram com o risco da indicação de testemunha cujo impedimento para ser ouvida era de seu conhecimento, posto que há expressa previsão legal neste sentido – artigo 405 § 2º, III do CPC.

Não há falar, portanto, cerceamento de defesa. Preliminar rejeitada.

**PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA
POR CERCEAMENTO DE DEFESA – INDEFERIMENTO
DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL**

Arguem os reclamados preliminar de nulidade por cerceamento de defesa ante ao indeferimento do requerimento de expedição de ofício à Receita Federal do Brasil para fins de apresentação das declarações de renda da reclamante, pelas quais pretendiam demonstrar a inocorrência de pagamentos de comissões nos valores mencionados na inicial.

Ao exame.

Os reclamados pretendiam demonstrar, mediante o requerimento de ofício à Receita Federal, que as declarações de Imposto de Renda da reclamante continham informações de rendimento que, na sua ótica, infirmariam a alegação de recebimento de comissões no valor de R\$30.000,00 mensais.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

O juízo de origem resolveu a questão da seguinte forma (fls. 1390-v):

“Não há que se falar em qualquer cerceamento de defesa em relação ao indeferimento de ofício à Receita Federal do Brasil, pois, conforme fundamentado, a relação da reclamante com a Receita não é objeto de análise do presente processo, e ainda que a autora não tenha declarado o valor que afirma ter recebido ao longo do vínculo de emprego, se evidenciado esse pagamento no processo, fará jus ao postulado, sendo que em nada auxiliará aos reclamados a prova pretendida.”

Coaduno inteiramente com o fundamento do indeferimento do requerimento eis que eventual ausência de declaração à Receita de rendimento do trabalho indicado na exordial é questão afeta à relação jurídico-tributária existente entre a reclamante e a União e não implica em prova da ausência de recebimento de valores pagos pelos reclamados.

Demais disso, a pretensão veiculada pelo requerimento defensivo é de formação de prova hipotética, o que encontra óbice no dever de lealdade processual, posto que, estando as declarações de renda protegidas pelo sigilo fiscal, a reclamada não poderia ter conhecimento de seu teor, sendo inviável a existência de qualquer alegação passível de confissão da demandante em caso de não apresentação do documento. Em outras palavras, o requerimento de apresentação das declarações de renda da reclamante pretende fazer prova de fato que os próprios requerentes desconhecem, tratando-se, pois, de mera especulação que não auxilia em nada a solução da lide.

Rejeita-se a preliminar.

**PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA
POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

Aqui a preliminar foi suscitada pela reclamante, sob o argumento de que os embargos de declaração não foram apreciados quanto aos pontos relativos a enquadramento sindical, retificação de CTPS, pena de confissão relativa à remuneração extrafolha, erro material no tópico horas extras e plano de saúde.

Não lhe assiste razão.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

A reclamante apresentou embargos de declaração (fls. 1400/1405 e fls. 1409/1410) pretendendo reabrir a discussão acerca das matérias indicadas, o que foi amplamente abordado na sentença e nas decisões de fls. 1.407/1.408 e 1.455. A obscuridade alegada pela parte não dizia respeito ao texto do julgado, mas à análise da prova e a via eleita não se presta a este intento.

As questões foram todas enfrentadas pelo MM. Juízo *a quo*, não configurando negativa de prestação jurisdicional.

Demais disso, a arguição não prospera, ante o teor da Súmula 393 do C. TST, segundo a qual *“o efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do §1º do art. 515 do CPC, transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou defesa, não examinados pela sentença (...)”*. Significa dizer, em outras palavras, que eventual omissão sentencial, em relação a razões de fato e de direito aduzidas pelas partes, não enseja nulidade em sede de recurso ordinário uma vez que o efeito devolutivo *“que se extrai do § 1º do art. 515 do CPC”* permite que tais matérias sejam inteiramente apreciadas no juízo *ad quem*.

Rejeita-se.

COISA JULGADA

Suscitam os reclamados a preliminar de coisa julgada aproveitando ao primeiro reclamado, ao fundamento que a presente reclamação é cópia daquela ajuizada sob o nº 2231-2011-022-03-00-0, envolvendo as mesmas partes, pedidos e causa de pedir. Sustentam que o primeiro reclamado foi excluído daquela lide, com a expressa concordância da reclamante, o que foi homologado por sentença, constituindo, assim, extinção do processo com resolução do mérito, posto que houve renúncia, quanto ao primeiro réu, ao direito em que se funda a ação.

Examina-se.

Ao contrário do afirmado pelos recorrentes, a homologação da *“exclusão da lide”* do primeiro reclamado, nos autos 2231-2011-022-03-00-0, não implica em renúncia ao direito em que funda a ação, nem em extinção daquele processo com resolução do mérito.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

No direito processual pátrio, a questão relativa à legitimidade de parte não constitui o mérito da demanda posta em juízo, tratando-se, na verdade, de condição da ação, cuja ausência implica na extinção do processo, sem resolução do mérito, na forma do artigo 267, VI, do CPC. Em que pese parte da doutrina nacional – notadamente os defensores da teoria abstrata da ação – desenvolver a ideia de improcedência macroscópica nas hipóteses de sentenças que reconhecem a ausência de reunião das condições da ação, esta não foi a solução adotada pelo Código de Processo vigente, e ainda que o fosse, tais situações continuariam a ensejar a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos exatos termos fixados pelo dispositivo processual.

Com efeito, a cópia da decisão de fls. 579-v/580 informa que a questão foi tratada em sede de preliminar de ilegitimidade passiva, o que somente corrobora a conclusão de que se tratava de questão atinente às condições da ação, cuja solução é incapaz de fazer coisa julgada material, sendo, assim, passível de repetição em novo processo.

Rejeita-se a arguição de coisa julgada.

JUÍZO DE MÉRITO

PRESCRIÇÃO DO FGTS

Recurso dos Reclamados

Insurgem-se os reclamados contra a sentença ao fundamento que são inconstitucionais o artigo 23 § 5º da Lei 8.036/90 e a Súmula 362 do TST, em face dos incisos III e XIX do artigo 7º da Constituição da República, tratando-se, ainda, de questão objeto de recurso extraordinário interposto ao E. STF e que já conta com dois votos pelo acolhimento da inconstitucionalidade.

Examina-se.

No ordenamento pátrio que as normas jurídicas regularmente constituídas e promulgadas vigoram desde sua publicação, presumindo-se constitucionais até que o contrário declare o E. STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade ou através de decisão fundamentada proferida em ação declarada de repercussão geral. Não é esta a hipótese versada nos autos.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

A decisão de origem afastou a prescrição do FGTS com fundamento na Súmula 362 do C. TST, que assim dispõe:

“É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.”

Tal súmula tem como fundamento jurídico o artigo 23 § 5º da Lei 8.036/90, que não foi objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo E. STF, pelo que se erige como constitucional e em vigor.

A alegação de inconstitucionalidade da norma que garante a prescrição trintenária do FGTS traduz questão sujeita, também, ao controle difuso de constitucionalidade, devendo-se observar, para o caso de declaração, a cláusula de reserva de plenário prevista pelo artigo 97 da Constituição da República. A inconstitucionalidade arguida, além de não ter sido acompanhada da indispensável fundamentação, não prospera em face dos incisos do artigo 7º do texto maior indicados, posto que o *caput* do referido dispositivo legal, ao qual se submetem todos os seus incisos, dispõe que os direitos ali previstos incluem outros que visem à melhoria da condição social do trabalhador, admitindo, por conseguinte, ampliação do prazo prescricional do FGTS para além do limite fixado no seu inciso XXIX, tratando-se de acréscimo de direito material do trabalhador que atende ao disposto no *caput* do mesmo art. 7º.

E a controvérsia jurisprudencial quanto à prescrição do FGTS encontra-se sepultada pela edição da Súmula 362 do C. TST, que, por não se tratar de ato normativo, não é cogente, não é passível de declaração de inconstitucionalidade, não constando do rol contido no artigo 102, I, 'a' e III, 'b' da Constituição da República.

Nego provimento.

PRESCRIÇÃO – INTERRUPTÃO
Recurso da Reclamante

Insurge-se a reclamante contra o reconhecimento da prescrição, ao fundamento de que o ajuizamento da ação anterior, em 25/11/2011, acarretou a interrupção da prescrição quinquenal, na forma da súmula 268 do TST, devendo, assim, ser reconhecida a prescrição



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

apenas quanto às parcelas anteriores a 25/11/2006.

Ao exame.

É incontroverso nos autos que a reclamante ajuizou a ação 2231-2011-022-03-00-0, idêntica à presente, na data de 25/11/2011, tendo sido homologada sua desistência, em 13/11/2012, conforme demonstra a cópia do termo de audiência de fls. 27. Já a presente ação, foi proposta em 27/11/2012.

Por aplicação do disposto no artigo 202, I do Código Civil Brasileiro, e em face do entendimento contido na Súmula 268 do C. TST, a prescrição que corria em desfavor da autora foi interrompida, na data de 25/11/2011. A presente reclamação foi interposta em 27/11/2012 (fls. 02), sendo observado o prazo de dois anos da prescrição bienal, contados da data da interrupção.

A prescrição quinquenal, por seu turno, deveria ser contada do ajuizamento da primeira reclamação (25/11/11), pois igualmente interrompida nos moldes versados no art. 202 do CCB. Assim, considerar-se-ão prescritas todas as pretensões relativas a parcelas anteriores a 25/11/2006.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso da reclamante para fixar, em 25/11/2006, o marco da prescrição quinquenal.

CONFISSÃO

Recurso da Reclamante

Insurge-se a reclamante contra a sentença ao fundamento que é devida a imposição da pena de confissão em face do primeiro reclamado, tendo em vista que não apresentou defesa, bem como em função da não apresentação dos documentos requeridos pela autora, de existência incontroversa, cuja juntada foi determinada pelo juízo.

Ao exame.

No que toca à alegação de ausência de defesa, o primeiro reclamado, em sua contestação de fls. 569, aderiu integralmente à defesa do segundo reclamado, apresentada a fls. 588/625, a tempo e modo. Não há falar, portanto, em confissão por ausência de resposta do réu.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F.____

No que concerne aos documentos apontados pela autora, a pretensão veiculada no item 14 da inicial, reiterada a fls. 559 e 561, é a aplicação de pena de confissão aos reclamados caso não apresentem todos os recibos referentes aos alegados pagamentos extrafolha, bem como todas as prestações de contas, com recibos de pagamentos de honorários advocatícios e contábeis, o que, todavia, constitui objeto da própria pretensão da reclamante, a quem incumbe a prova da ocorrência da alegação de pagamentos extrafolha, motivo pelo qual a confissão é incabível na hipótese.

Desprovejo.

RETIFICAÇÃO DA CTPS
Recurso da Reclamante

Pugna a reclamante pela retificação da data de admissão em sua CTPS, fazendo constar o dia 01/03/1989, bem como o pagamento do FGTS + 40% referente ao período sem registro.

Ao exame.

A análise das cópias da CTPS de fls. 54/69 revela que há uma anotação do contrato de trabalho, com data de 01/03/1989, com a aposição manual da expressão "cancelado". Ao lado da referida anotação, consta o registro da admissão em 01/11/1989.

Já às fls. 57, constam as alterações salariais da reclamante, com as datas de 01/05/1989, 01/10/1989 e 01/11/1989, todas marcadas com a expressão "cancelado". A fls. 63, há retificação na CTPS, fazendo constar como data correta da admissão o dia 01/12/1989.

As alterações contidas nos registros feitos na CTPS, com meses de diferença, fornecem indícios da incorreção quanto à anotação da data de admissão da trabalhadora. Não é verossímil que, no mês de novembro, proceda-se erroneamente a anotação do contrato de trabalho a partir de março se a reclamante já não prestasse serviços aos reclamados. Não bastasse isso, a situação se repetiu no mês de dezembro, relativamente à anotação de admissão em novembro do mesmo ano.

As anotações feitas quanto à admissão da autora, por tais motivos, perdem sua eficácia probatória.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

Lado outro, em seu depoimento pessoal (fls. 1387), o reclamado não soube precisar a data de admissão da reclamante, o que constitui confissão por desconhecimento de fato versado no litígio, tendo-se, assim, que a autora foi admitida em março de 1989.

Dou provimento, para reconhecer como data de admissão o dia 01/03/1989, acrescendo à condenação a determinação para que o reclamado proceda à retificação correspondente na CTPS da reclamante, bem como pague à autora o FGTS relativo ao período sem anotação (01/03/1989 a 01/12/1989), acrescido da multa de 40%.

ENQUADRAMENTO SINDICAL **Recurso da Reclamante**

Tratando-se de questão prejudicial aos demais pleitos recursais, passa-se à análise do recurso da reclamante que, insurgindo-se contra o julgado, pretende o enquadramento sindical referente às normas convencionais carreadas na inicial, com a aplicação do adicional de horas extras de 100% ali previsto.

Examina-se.

Ao decidir a questão, assim se manifestou o juízo de primeiro grau, a fls. 1392:

“(...) Nos termos dos arts. 511 e seguintes da CLT, a fixação do enquadramento sindical rege-se pela atividade preponderante da empresa, salvo quando o empregado é integrante de categoria diferenciada.

No particular, cuida-se de reclamação trabalhista movida em face de escritório de advocacia, que não pratica qualquer ato de comércio, pelo que inaplicáveis as CCT ã juntadas pela autora, firmadas com o Sindicato dos Empregados no Comércio de Belo Horizonte e Região Metropolitana e as respectivas entidades sindicais representantes da categoria econômica.

Nesses termos, não estando a empresa reclamada representada pelo sindicato de sua categoria naquela negociação coletiva, não há como lhe impor a observância de seus ditames, isso porque antes de se constituir em uma fonte autônoma do direito, as convenções coletivas são acordos bilaterais de vontade (...).”



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

A decisão não merece reparo.

A aplicação das CCTs vindicadas pela autora pressupõe o seu enquadramento na categoria à qual se destinam os referidos instrumentos coletivos, qual seja, a dos comerciários, inviável ante as disposições do art. 511 § 2º da CLT - o enquadramento sindical do empregado, no direito brasileiro, se faz a partir da atividade preponderante do empregador.

À toda evidência, a atividade econômica dos reclamados é a advocacia, o que em nada se assemelha à atividade comercial. A atividade econômica a que se referem os sindicatos signatários dos instrumentos coletivos vindicados pela autora é, pois, totalmente distinta daquela explorada pelos reclamados, o que pressupõe, ademais, a ausência de sua representação na formulação dos citados instrumentos, oriundos da negociação coletiva.

Cumprе ressaltar, por fim, que, ainda que o empregador eventualmente recolha as contribuições sindicais em favor de entidade diversa daquela que deveria representar seus empregados, tal situação não conduz à alteração do enquadramento sindical, nem mesmo enseja a aderência ao contrato de trabalho das normas coletivas firmadas pelo sindicato beneficiário das contribuições. Isto porque não há opção de escolha da representação sindical, por força da norma contida no já citado artigo 511 § 2º da CLT, referindo-se a liberdade de escolha apenas à filiação do trabalhador ao sindicato, posto que sua criação pressupõe o conceito legal de categoria profissional, na forma do artigo 8º, II e III, da Constituição da República.

Os recolhimentos feitos pelos reclamados em favor do sindicato dos comerciários não os obrigam, portanto, à observar as normas coletivas firmadas por esta entidade, embora possa implicar em sua eventual inadimplência frente o sindicato representativo da reclamante, o que, todavia, constitui mera irregularidade, sem efeito perante a presente lide.

Nego provimento.

HORAS EXTRAS E REFLEXOS
Matéria Comum aos Recursos



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

Insurgem-se os reclamados contra a condenação em horas extras, ao fundamento que a autora exercia cargo de confiança, não tendo havido confissão, além de não terem sido as horas extras quantificadas na exordial, o que impõe sua redução. Pugnam pelo afastamento dos reflexos das horas extras em RSR e, destes, nas demais parcelas, na forma da OJ 394 do C. TST.

A seu turno, o reclamante argumenta que, à falta de apresentação dos cartões de ponto cuja existência é confirmada pela prova oral, deve-se considerar a frequência integral, posto que a ausência de descontos pressupõe a inexistência de faltas, e a saída no horário médio das 19h15min. Aduz que deve ser aplicado o divisor 200, uma vez que a reclamante estava sujeita ao limite semanal de 40 horas de trabalho, além do adicional de horas extras de 100%. Por fim, não se conforma com a determinação de aplicação da OJ 397 da SDI-1, do C. TST e requer a aplicação, por analogia, da previsão contida na Lei 8.906/94 para fins de fixação do adicional de horas extras.

Ao exame.

Assim decidiu o juízo a quo, a fls. 1394/1394-v:

“(...) Quanto às demais horas há de se afastar a alegação de que estaria enquadrada na exceção do art. 62, II da CLT, isso porque a autora laborava dentro do escritório do 2º reclamado, sob sua subordinação e controle, não se podendo dizer que tinha a gestão do empreendimento, que ficava a cargo do Dr. Walter Nery, que supervisionava todo o trabalho da autora, como admitido em depoimento pessoal.

Ainda em depoimento pessoal disse que não sabia dizer se a autora fazia horas extras, razão pela qual se tem como confesso em relação ao tema, nos termos do art. 343 do CPC.

Nesses termos defere-se o pagamento de horas extras além da 8ª diária a partir da jornada narrada na peça de ingresso, bem como de 20 minutos a título de intervalo suprimido (...).”

Em seu depoimento pessoal (fls. 1387), o reclamado declarou que:

“(...) não sabe dizer se a reclamante fazia horas extras e nem quando foram pagas; (...) que o depoente



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

corrigia os serviços da reclamante na condição de secretária; que o hábito era que nada saísse sem a supervisão do depoente; que a reclamante não possuía procuração para agir em nome do depoente (...)."

O depoimento revela que a reclamante tinha suas atividades inteiramente controladas pelo reclamado, que supervisava todas suas tarefas, além de não conferir à autora qualquer procuração para agir em seu nome, o que denota ausência de poderes de mando ou gestão. Inviável a conclusão pelo enquadramento da reclamante na exceção do art. 62, II da CLT.

No mesmo sentido foi o depoimento prestado pela testemunha Solange Justina Soares Pessoa (fls. 577/578-v) que, embora tenha mencionado ser subordinada à reclamante, que administrava o escritório e fazia o pagamento aos demais empregados, mediante cheques em branco assinados pelo reclamado, também afirmou que a reclamante sujeitava-se ao mesmo controle de horário dos demais empregados: *"(...) que a reclamante possuía folha de ponto, assim como os demais funcionários"* (fls. 1388).

O que se conclui é que os atos praticados pela autora, em que pese serem vistos como de gerência do escritório a partir do ponto de vista da testemunha Solange, eram integralmente fiscalizados pelo reclamado, que o foi por este expressamente admitido. E mais, a reclamante se sujeitava, como os demais empregados, a controle de jornada.

Destaca-se que testemunha em questão tinha atribuições relativas às tarefas de serviços gerais, não possuindo, pois, o conhecimento necessário da complexidade das atividades executadas em um escritório de advocacia, o que torna compreensível sua declaração de que a autora administrava o escritório, haja vista que a própria testemunha aponta como distintivo desta condição o fato de a autora, secretária, controlar o acesso à sala de seu superior, ao passo que ela mesma tinha acesso irrestrito. Trata-se, todavia, de atividade absolutamente regular para a função de secretária, que, aos olhos da testemunha referida ganhava contornos de ampla administração do escritório. A administração que restou demonstrada restringia-se ao encaminhamento de documentos para a contabilidade e o preenchimento dos cheques destinados ao pagamento dos funcionários, o que possui a mesma natureza da efetivação dos depósitos em conta dos empregados a mando



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

do empregador, caso esta tivesse sido a sua opção.

Não se pode olvidar, ademais, que a reclamante era empregada de um escritório de advocacia, exercendo a função de secretária, não sendo minimamente verossímil que exercesse qualquer subordinação sobre os demais advogados do escritório, posto que não possuía o conhecimento técnico e prerrogativas necessárias para tal.

Não se trata, pois, de exercício de função de confiança de que trata o artigo 62, II da CLT.

Por tais motivos, correta a sentença que deferiu as horas extras trabalhadas além da 8ª diária, considerada a jornada declinada na inicial, que se presume verdadeira, ante a confissão do réu que afirmou desconhecer a quantidade e ocasião do pagamento das horas extras praticadas.

Neste ponto, não merece acolhida, tampouco, a tese recursal dos reclamados de que as horas extras não foram quantificadas na inicial. Em primeiro lugar, porque a presente ação não se processa pelo rito sumaríssimo, o que dispensa a indicação específica de valores. O pedido é certo, sendo que a determinação ora vindicada pelos recorrentes não é obrigatória no rito ordinário.

Demais disso, a autora declinou, sim, na peça de ingresso a jornada que alegou ter praticado, pugnano pelas horas extraordinárias assim consideradas aquelas excedentes à 8ª diária, o que dispensa o seu cálculo prévio. A exordial e, por conseguinte, a sentença, contêm elementos suficientes tanto para garantia da ampla defesa dos reclamados na fase de conhecimento quanto para a apuração da parcela em sede de execução.

Também cumpre registrar que a versão defensiva de que a autora detinha o controle dos documentos relativos à jornada e que o réu não tinha mais de 10 empregados encontra obstáculo nas declarações prestadas pela testemunha Solange e pelo próprio reclamado, em seu depoimento pessoal, posto que demonstrada a existência de efetivo controle da jornada e fiscalização do trabalho feito pela autora diretamente pelo réu. Demais disso, a testemunha Solange informou que trabalhava das 9h às 12h30min e de 13h30min às 18h, sendo que, ao chegar a reclamante já se encontrava no local de trabalho, e ao sair ela ainda continuava trabalhando, o que corrobora a jornada



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

relatada na petição inicial.

Já no que se refere aos efeitos reflexos das integração das horas extras em RSR, assiste razão aos reclamados, uma vez que o juízo de origem deferiu reflexos dos RSR provenientes das horas extras sobre as demais parcelas salariais, o que encontra óbice no entendimento contido na OJ 394 da SDI-1 do C. TST, que, *d.m.v* da posição do juízo sentenciante, é aplicável ao caso, por configurar *bis in idem*. Devem ser excluídos da condenação, portanto, as incidências dos reflexos das horas extras em RSR em saldo de salário, aviso prévio, 13º salários, férias + 1/3 e FGTS + 40%.

Passa-se à análise do recurso da autora.

Reconhecida pela sentença a jornada declinada na inicial, o que não merece reforma, e indicado na exordial o horário das 8h às 19h/19h30min, impõe-se a fixação do horário de saída pela média dos informados, a fim de evitar discussões em liquidação. Assim, na apuração das horas extras, será observado o horário médio de saída estabelecido a partir dos informados na inicial - 19h15min.

No que toca ao divisor aplicável, sem razão a reclamante.

Em que pese a jornada reconhecida referir-se ao trabalho de segunda a sexta-feira, o registro de empregado de fls. 636 prevê jornada semanal de 44 horas, daí decorrendo o divisor 220, que era efetivamente observado conforme se constata a partir do documento de fls. 161, assinado pela reclamante. Não merece reparo a sentença neste particular aspecto.

Não prospera o pleito da reclamante de aplicação às horas extras do adicional de 100%, uma vez que os instrumentos coletivos nos quais se baseiam o pedido são aqueles juntados a fls. 95/121, firmados pelos sindicatos representativos das categorias profissionais e econômicas relativas à atividade de comércio varejista, que, conforme já definido acima, não são aplicáveis ao contrato de trabalho da autora.

Também não vinga a pretensão da autora de aplicação ao seu contrato de trabalho dos dispositivos contidos na Lei 8.906/94 para fins de remuneração de horas extras. A norma em questão versa sobre prerrogativas e



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

deveres dos advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, o que não comporta incidência no presente caso. Aplica-se à reclamante a norma da CLT prevê o adicional de horas extras mínimo de 50%, e em função da ausência de qualquer semelhança entre a atividade executada pela autora e a advocacia, pressuposto básico para a utilização do recurso da analogia.

Prevalece, portanto, o adicional de horas extras de 50%.

Por fim, não merece acolhida o apelo da reclamante contra a determinação de aplicação do entendimento da OJ 397 da SDI-1 do C. TST. Isto porque, relativamente à parte variável da remuneração, no caso de remuneração parcialmente à base de comissões, a hora trabalhada já se encontra remunerada, conforme dispõe o texto da referida orientação:

“O empregado que recebe remuneração mista, ou seja, uma parte fixa e outra variável, tem direito a horas extras pelo trabalho em sobrejornada. Em relação à parte fixa, são devidas as horas simples acrescidas do adicional de horas extras. Em relação à parte variável, é devido somente o adicional de horas extras, aplicando-se à hipótese o disposto na Súmula nº 340 do TST”.

Não se verifica, na espécie, qualquer justificativa para se afastar o entendimento exposto retro, acrescido ao fato que a negativa de pagamento de comissões é contemplada pelo direito de defesa dos reclamados, sem configurar má-fé, compondo a defesa os argumentos expostos por eventualidade.

Isto posto, dou provimento parcial a ambos os recursos para determinar: a) na apuração das horas extras, a observância do horário de saída de 19h15min; b) a exclusão da condenação de incidência de reflexos de horas extras em RSR em saldo de salário, pré-aviso, 13º salários, férias + 1/3 e FGTS + 40%, na forma da OJ 394 do C. TST.

INTERVALO INTRAJORNADA

Matéria Comum aos Recursos

Insurgem-se os reclamados contra a condenação em intervalos intrajornada, pretendendo seja afastada; a autora, a seu turno, sustenta que o intervalo reduzido comporta seu pagamento integral, 1 (uma) hora.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

Ao exame.

Infere-se a partir do que foi decidido retro, que a jornada da reclamante era de 8h às 19h15min, com 40 minutos de intervalo (jornada informada na inicial e sendo o horário de saída fixado pela média). As demais questões relativas à jornada encontram-se superadas, pelo que se reconhece o gozo de 40 minutos de intervalo diário.

Em face do reconhecimento da jornada declinada na inicial, a sentença deferiu à reclamante 20 minutos diários a título de intervalo suprimido.

Ressalvado o entendimento pessoal dessa Relatora que coaduna com os fundamentos exarados pelo Julgador *a quo*, às fls. 1394/1395, outro é o entendimento da maioria da E. Nona Turma, que segue os termos da Súmula 437 do C. TST.

Assim, ainda que concedido em parte o intervalo, a sua redução implica em frustrar o direito e atrai o pagamento integral da hora destinada ao repouso. Tal disposição destina-se a instrumentalizar, pela via econômica, a obrigatoriedade de cumprimento da norma que visa garantir a saúde e integridade física e psíquica do trabalhador, dificultando, assim, a negociação de parte do tempo destinado ao descanso. Nessa ordem de ideias não há, pois, desproporcionalidade, uma vez que a interpretação dada à norma pela jurisprudência majoritária visa à efetivação do direito.

Portanto, devido o pagamento das horas extras correspondentes aos intervalos não cumpridos, de forma integral - 1 hora diária -, com adicional de 50%, na forma do item III da Súmula 437 do TST.

Assim, nega-se provimento ao recurso dos reclamados e dá-se provimento ao apelo da autora para ampliar a condenação em hora extra por descumprimento de intervalo intrajornada para 1 (uma) hora extra por dia trabalhado.

**INTERVALO DO ARTIGO 384 DA CLT
Recurso da Reclamante**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F.____

Não prospera a insurreição da autora contra o indeferimento do intervalo previsto no artigo 384 da CLT.

A Constituição da República de 1988, ao estabelecer a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I) e proibir a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, inciso XXX), não recepcionou o disposto no art. 384, da CLT. Não há razão para se admitir a diferenciação apenas em razão do sexo, pois se estaria estimulando a discriminação no trabalho entre iguais.

Ainda que assim não fora, os quinze minutos logo em seguida à jornada normal, na forma em que deferidas horas extras, já serão contados como em sobrejornada, nada havendo a justificar contagem dúplice do mesmo tempo.

Desprovido.

REMUNERAÇÃO EXTRAFOLHA – COMISSÕES
Matéria Comum aos Recursos

Insurgem-se os reclamados contra a sentença ao de fundamento que: a reclamante não faz jus a comissões, não tendo alegado a existência de saldo a receber; a autora não faz jus a percentuais sobre valores pagos por clientes do reclamado, posto que não se afirma advogada; o serviço de liquidação de julgados era feito por calculista autônomo e por conta do cliente, desvinculado dos serviços de advocacia do reclamado; as contas de liquidação feitas pela autora se davam fora do escritório e eram ajustadas com a calculista autônoma, com quem eram repartidos os valores recebidos dos clientes pelo serviço; os pagamentos não eram recebidos em função do contrato de trabalho; a reclamante prestava o mesmo serviço autônomo a outros escritórios; devem ser excluídos da condenação os valores referentes aos documentos emitidos pelos escritórios de advocacia, tais como cheques e alvarás judiciais; indevidos os reflexos de comissões deferidos.

De outro lado, sustenta a reclamante que deve prevalecer a média da remuneração extrafolha apontada na inicial (R\$30.000,00/mês; fls. 06), ante a confissão quanto aos documentos apresentados junto com a inicial e pela ausência da apresentação, por parte dos réus, dos documentos cuja juntada foi determinada pelo juízo.

Examina-se.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

O juízo de primeiro grau assim decidiu a questão (fls. 1392-v/1393):

“Os documentos de folhas 321 e seguintes demonstram de forma cristalina o pagamento de comissões extrafolha referente aos cálculos elaborados pela reclamante, pagamentos esses feitos pelo 2º reclamado, e não por terceiros, pelo que faz jus à integração dessas parcelas para cálculos das demais verbas trabalhistas.

Registro também que há nos autos diversos documentos comprovando que o 2º reclamado, além de honorários advocatícios, cobrava 5% a título de cálculo, a evidenciar que também geria essa atividade por conta de terceiros. A título meramente exemplificativo cito as notas fiscais de folhas 958, 966, 969, 970 e 1164 e seguintes que demonstram não só a cobrança de valores a título de elaboração de cálculos, mas recolhimento de tributos por esse serviço prestado pelo escritório Walter Nery Advocacia.

Por outro lado, não há que se falar no valor apontado na petição inicial, R\$30.000,00, eis que esses documentos apontam uma média muito inferior, e ainda que não haja comprovação de todos os valores, ainda assim caberia à mesma apresentar outro meio de prova a evidenciar esses valores, pelo que deverão ser apurados apenas pelos cheques e demais documentos de folhas 321 a 450.

Os documentos de folhas 463 e seguintes, embora registrem valores pagos a título de cálculo, não há efetiva comprovação de pagamento extrafolha, mesmo porque não há prova de que era apenas a autora quem elaborava os cálculos no escritório, bem como não há como dizer que todos os alvarás pagos ao 2º reclamado referem-se a processos com efetiva atuação da reclamante.

De fato, alguns desses documentos (fls. 463/469) apontam que a autora teria uma participação de 2%, contudo certa causa espécie a análise formal dos mesmos, pois todas essas anotações foram feitas no canto inferior do documento, com letra de fonte diversa da utilizada no restante do documento, e como não foram juntados nos originais, ficou prejudicada a análise de sua autenticidade e data de inserção no documento.

Além de outros virem com letras manuscritas (fls. 470/488), sem qualquer comprovação de que aqueles valores foram efetivamente pagos à



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

reclamante, o que não acontece com os de folhas 321 a 450, que indicam claramente o efetivo pagamento à autora.

Registro também que não há qualquer menção nos autos de que a reclamante recebia valores em espécie, não me cabendo agora especular acerca dessa possibilidade.

Além disso, a prevalecer o valor apontado na inicial, teríamos que admitir que o escritório faturava mais de R\$1.000.000,00/mês, o que não é crível, como bem apontam os reclamados em sua defesa.

Por esse motivo também entendo que não há que se falar na aplicação do art. 359 do CPC ante a ausência de juntada das prestações de conta dos clientes, pois, como dito, não há prova de que todos os cálculos foram efetivamente feitos pela obreira (...)"

De fato, a análise dos autos revela, especialmente a partir dos documentos de fls. 321 a 450, que a reclamante recebia dos reclamados valores relativos à elaboração de cálculos de liquidação em processos patrocinados no escritório de advocacia. Não havia pagamento realizado por terceiros.

A prova dos autos é clara ao identificar tais pagamentos, que eram feitos sempre pelos reclamados, inclusive quando relativos a elaboração de cálculos em processo patrocinados também por outros advogados, em situação de colaboração com outros escritórios de advocacia, conforme demonstram, a título de exemplo, os documentos de fls. 724 e 739, referentes aos advogados Alyson de Almeida Furtado e Agildo Ribeiro Campos, respectivamente, ambos apontados pelo próprio reclamado em sua peça recursal.

Convém mencionar, no particular, a declaração de fls. 737, na qual o último advogado mencionado afirma que o valor pago à reclamante se deu por conta dos interessados. A declaração não contradiz a alegação da autora, tendo em vista que se limita a informar quem suportou os encargos dos cálculos, posto que a importância relativa ao pagamento a que se refere a declaração foi depositada não em favor da autora, mas em conta do segundo reclamado, que efetuou o pagamento à reclamante. Salta aos olhos, ainda, que a declaração em questão, única existente nos autos, foi firmada somente em agosto de 2012, às vésperas da dispensa da reclamante,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

tornando evidente a tentativa do reclamado de desnaturar a prestação laboral existente durante vários anos.

Para tal prestação de trabalho havia pagamento de comissões em função da realização de cálculos judiciais em processos patrocinados pelos réus, que cobravam de seus clientes a importância de 5% do valor bruto.

Isso se comprova pela documentação trazida aos autos, a exemplo da prestação de contas, recibo e nota fiscal de fls. 956/958, relativos à ação movida em favor de José Francisco de Paula Sobrinho; nesta ação, o segundo reclamado recebeu do seu constituinte, no mês de dezembro de 2008, a importância de R\$71.892,78, a título de honorários de cálculos, tendo repassado à reclamante o montante de R\$30.000,00, conforme demonstra o documento de fls. 451, o que se deu em 17/12/2008. Veja-se, também, o exemplo relativo à prestação de contas da ação patrocinada em favor de Onildo Alfredo (fls. 968/971), onde o constituinte dos reclamados pagou-lhes a importância de R\$156.492,94 a título de cálculos trabalhistas, dos quais R\$47.900,95 foram repassados à autora, em 27/04/2009.

Em ambos os exemplos retirados dos autos, os reclamados repassaram à autora apenas parte da importância recebida a título de honorários contábeis, correspondendo a percentuais que, nestes casos, variaram de 1,53% a 2% sobre o crédito dos clientes. O restante da remuneração destinada aos cálculos, afirmam os réus, destinava-se ao pagamento das demais pessoas que participavam na elaboração dos cálculos, a advogada Denise, identificada apenas pelo prenome, e a engenheira Rivânia Heliel Cardoso, filha do segundo reclamado – conforme consta do memorial, que efetivavam a supervisão jurídica e contábil sobre os cálculos realizados pela reclamante.

Em novo exame dos autos, especialmente dos recibos colacionados pelos réus a fls. 836/867, constata-se a existência de pagamentos feitos à supervisora de cálculos Rivânia. Relativamente aos meses correspondentes aos exemplos transcritos, há comprovação nos autos do pagamento das importâncias de R\$3.500,00, em 15/04/2009, e R\$1.700,00, em 07/05/2009. Desses dois pagamentos, somente o segundo poderia ter sido feito em função do constituinte Onildo Alfredo, eis que o pagamento à reclamante se deu somente no dia 27 de abril. No que toca ao processo do constituinte José Francisco de Paula Sobrinho, não houve



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F.____

comprovação de qualquer pagamento à supervisora Rivânia. Também não houve comprovação de pagamentos à advogada que supervisionava a elaboração de cálculos.

A partir destas constatações, conclui-se que eram cobrados dos clientes patrocinados pelos reclamados percentuais de 5% sobre o crédito bruto em suas ações, dos quais, menos da metade eram objeto de repasse para a reclamante e sua supervisora, que também era filha do segundo réu. Não logrou o reclamado demonstrar quaisquer outros pagamentos efetuados a partir das importâncias recebidas a título de cálculos trabalhistas, o que impõe concluir que tais valores revertiam em favor dos próprios reclamados.

Neste contexto, a atividade de elaboração de cálculos era um serviço posto à disposição dos clientes dos reclamados, cobrado no percentual de 5% sobre o valor bruto apurado em liquidação, dos quais mais de 50% destinavam-se a remunerar os próprios réus, constituindo, assim, parte de sua atividade que lhes beneficiava diretamente, e não mero serviço autônomo e independente como quer fazer crer a peça recursal.

Não bastasse isso, os próprios reclamados afirmam que o serviço de elaboração de cálculos da reclamante era supervisionado diretamente pela filha do reclamado e por uma advogada. Tal supervisão denota o controle por parte dos reclamados das atividades contábeis executadas no escritório, dentre as quais a da reclamante, cujos serviços prestados importavam no pagamento de comissões em valores percentuais àqueles cobrados pelos réus de seus clientes.

Trata-se, portanto, de prestação de serviços contábeis regularmente integrados na atividade principal dos reclamados, por eles supervisionados e remunerados através de comissões incidentes sobre a remuneração que auferiam dos serviços postos à disposição de seus clientes.

Assim, deve ser mantida a sentença que deferiu à trabalhadora as integrações das comissões recebidas durante o pacto em RSR, férias + 1/3, 13º salário, FGTS + 40% e aviso prévio. Há, contudo, que ser observada a não incidência dos reflexos em RSR para gerar incidência em outras parcelas, que configura reflexo sobre reflexo.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

No que diz respeito aos valores das parcelas deferidas, determinou o juízo de origem que a apuração se desse a partir dos documentos colacionados aos autos, afirmando que a média que se encontra a partir deles é inferior ao valor indicado na inicial, de R\$30.000,00, que não deve prevalecer à falta de confissão dos reclamados.

Considerando-se válido o documento de fls. 318, carreado pela autora e não impugnado pelos réus, os serviços de calculista pela reclamante teriam tido início a partir de 21/10/2004 e não em 01/12/1994 como tentou fazer crer, na inicial. E, também ao contrário do alegado, as comissões a ela destinadas teriam sido fixadas em 2% (sem variação de até 3%), “onde não houver participação de outro calculista”, “estipulação” que valeria “para o futuro”, apenas. Portanto, os cálculos elaborados passariam a ser remunerados diretamente pelo réu a partir de outubro/04, quando não houvesse a participação de outro calculista - do escritório ou terceiro, portanto.

A ideia de que havia outro(s) calculista(s) também fica evidente através do “documento” de fls. 319, não impugnado, de onde se extrai que: nos “(...) processos a liquidar, em que os cálculos não foram feitos por você” (entenda-se a reclamante)” apenas para acrescentar CM e juros (...). Entendo que os documentos de fls. 441 c/c 442 ou fls. 1153, 1154, e fls. 449 e 496, onde se lê “cálculos por terceiros”, são prova disso, como bem entendeu o MM Juízo de origem.

Apreende-se da prova documental que a autora poderia elaborar cálculos para outros escritórios, desvinculados do réu, e deles recebia pagamentos, diretamente, “sem vínculo empregatício”, emitindo recibos em seu próprio nome, mas em papel com timbre do escritório de Walter Nery, como se vê de fls. 745. Recebia comissões pelos cálculos elaborados em processos de outros escritórios, fls. 1143/1146, com intervenção do reclamado, que ficava com determinado percentual para si. Nesta altura, em agosto de 2011, a reclamante já se formara em Direito e exercia a advocacia (confira a petição de R0, fls. 903/911, elaborada por ela). Não se pode dizer que a autora, após anos de trabalho, de experiência, estudo, continuava a mesma e simples secretária-calculista de anos atrás, mera cumpridora de ordens, desconhecendo os fatos e acontecimentos a sua volta, limitando-se a cumprir ordens,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F.____

ou a assinar documentos e recibos sem saber a que se referiam, embora nada indique que alguma vez tenha agido dessa forma, o que, aliás, é extremamente louvável.

Limitando-se a hipótese, entretanto, à percepção de comissão pelos réus, viu-se, de todo o processado, que esta seria devida, 2%, apenas e tão somente nas hipóteses em que a conta fosse efetuada somente por ela, reclamante, paga diretamente pelos réus.

Sendo assim, compartilho parcialmente do entendimento *a quo* no sentido de que *alguns* cheques, dentre os de fls. 321/450 (e aqui acrescentam-se outros, às fls. 453, 454 e 455), comprovam o pagamento de comissões extrafolha à autora, pela elaboração de cálculos ao escritório-réu. É o caso de fls. 328, onde consta, especificamente, que referido cheque se destina ao “pagamento de cálculos realizados no processo ‘tal’ (...)”, o mesmo não se podendo dizer quanto aos cheques de fls. 343 e 356, pois neles não consta qualquer informação, ou quanto ao de número 355, onde foi escrito, singelamente, ter sido o mesmo recebido pelo “processo de ‘Fulano de Tal’(...)”, mas sem se referir, especificamente, ao fato de que alguma conta foi por ela elaborada naquele feito, presumindo-se que não, pois a impressão que se tem é a de que tudo foi minuciosamente anotado, detalhado, catalogado e relatado pela autora ao longo de anos e anos, num exímio trabalho de secretária. Certamente não se esqueceria de detalhe tão óbvio e importante: o de anotar que tal e tal cheque referir-se-ia ao pagamento de tal e tal cálculo por ela realizado em tal e tal processo.

Sendo assim, reconhecida a remuneração extrafolha paga à reclamante pelos réus, será a mesma calculada, em liquidação de sentença, observados os valores constantes nos cheques de fls. 321/455, onde neles estiver constando que se referem ao pagamento de “cálculos” ou “minha participação”, observando-se a média para fins reflexos em RSR, férias com 1/3, FGTS + 40%.

Em relação ao percentual relativo aos alvarás, a decisão de origem não merece reformas, fundamentos de fls. 1393, aos quais faço remissão, adotando-os como razões de decidir, inexistindo provas de que os valores constantes nos mencionados documentos tenham sido efetivamente pagos à autora. Desprovejo, no particular.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

Isto posto, nego provimento ao recurso da reclamante e dou provimento parcial ao recurso dos reclamados para determinar que as comissões sejam apuradas, em liquidação, observados os valores constantes nos cheques de fls. 321/455, onde neles estiver constando que se referem ao pagamento de “cálculos” ou “minha participação”, observando-se a média para fins reflexos em RSR, férias com 1/3, FGTS + 40%.

Assim se definiu a questão, por maioria, vencida parcialmente a Relatora, que entendia que a apuração dos valores pagos deveria considerar todas as importâncias quitadas pelos serviços de elaboração de cálculos prestados pela autora, deve ser feita tomando-se por base a média mensal constante dos cheques, recibos e prestação de contas a clientes, excluídos, por óbvio, os recibos e cheques que se referem a pagamentos do salário fixo da reclamante, plano de saúde, e todos os alvarás judiciais e que a apuração baseada nas prestações de contas a clientes, a exemplo de fls. 464, ocorreria apenas caso não se encontrem nos autos recibos ou cheques pagos à autora relativamente ao mesmo processo patrocinado pelos réus e mesma época de pagamento, considerando-se, ainda, o percentual de 2% incidente sobre o valor bruto apurado.

**REMUNERAÇÃO EXTRAFOLHA – IMPOSTO DE RENDA
E CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Análise Conjunta dos Recursos**

Insurgem-se os reclamados contra a sentença ao fundamento de que a reclamante controlava os pagamentos feitos no escritório, inclusive a própria remuneração pelos valores brutos, motivo pelo qual não pode se beneficiar da própria torpeza ao requerer a inclusão dos montantes relativos a imposto de renda e contribuições previdenciárias. Aduz que a isenção da autora do imposto de renda constitui julgamento *extra petita*.

A seu turno, a reclamante não se conforma com a sentença ao fundamento de que foi omissa quanto ao pedido de imposição exclusivamente ao reclamado dos recolhimentos previdenciários, posto que deferidos somente quanto ao imposto de renda.

Ao exame.

O juízo sentenciante assim definiu a



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

questão (fls. 1393):

“Como empregador cabia ao 2º réu gerir a prestação de serviços, e ainda que verdadeira sua alegação, o fato é que a remuneração paga por ele à autora era pelo valor bruto e não há qualquer prova de que o fazia à revelia do empregador, de forma torpe.

Da mesma forma a prova documental (vide recibos e cheques de folhas 194 e seguintes) que realmente a reclamante recebia sua remuneração pelo salário bruto, contudo tal fato não significa que essa era uma remuneração extrafolha propriamente dita, que deveria ser incorporada ao salário para cálculo de novas contribuições previdenciárias e imposto de renda, nem para cálculo das demais verbas, pois senão estaríamos praticando um bis in idem, cobrando duas vezes os tributos para a Receita Federal do Brasil.

Há no caso um benefício que aderiu ao contrato de trabalho da obreira, qual seja, o pagamento dessas contribuições pela reclamada, que pagava esses valores sem nada descontar da obreira, pelo que faz jus que também arque integralmente pelas contribuições, quando da apuração dos cálculos.

Nesses termos julgo procedente o pedido para que os reclamados arquem com as contribuições sociais e imposto de renda, não pelas razões expostas no item 8 da inicial, mas por ser uma benesse que aderiu ao contrato de trabalho da obreira.

Registro que não há aqui qualquer julgamento extra petita, mas apenas o deferimento do pleito a partir de outro fundamento jurídico”.

D.m.v, a sentença merece reparo no particular.

A alegação da autora é que o salário líquido efetivamente recebido não era aquele lançado nos contracheques, mas aqueles pagos por meio de cheque, em valor superior ao descrito nos recibos, correspondendo ao montante bruto do salário.

A questão posta em juízo possui contornos mais simples que aqueles expostos pelas partes. Trata-se, na verdade, de pagamento de salário feito extrafolha, em valor superior àquele registrado nos recibos, com a particularidade de que a diferença entre ambos corresponder



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F.____

à soma dos valores que deveriam ser descontados da reclamante, o que comportava não só o imposto de renda e contribuições previdenciárias, mas também outras parcelas, a exemplo dos descontos de vale transporte, conforme se constata a partir da análise dos documentos de fls. 162/282, em especial, os documentos de fls. 174, que constituem um claro exemplo.

Andou bem a sentença no que toca à afirmação de que competia ao segundo réu gerir a prestação de serviços e, por conseguinte, os pagamentos feitos à autora. De fato, não socorre aos reclamados a afirmação de que não controlavam os valores pagos à reclamante, uma vez que se trata da obrigação principal do empregador no contrato de trabalho, da qual não pode se escusar e cujo conhecimento é presumido. Ademais, era o próprio segundo reclamado que assinava os cheques que eram entregues à reclamante em pagamento do salário, não sendo minimamente verossímil que desconhecesse os valores deles constantes, ainda que posteriormente.

De outro lado, não parece acertada a conclusão da sentença que reconhece como aderida ao contrato de trabalho a prática dos reclamados em pagar, sem descontos, o imposto de renda e contribuições previdenciárias, isentando a reclamante de sua obrigação tributária, inclusive sobre as parcelas a serem apuradas na presente ação.

Isto porque não há, no caso, assunção das obrigações tributárias principais pelos reclamados. A experiência em inúmeras ações trabalhistas propostas nesta Especializada revela que a prática relativa ao pagamento de salário extrafolha visa principalmente evitar o pagamento de tributos, não sendo, pois, coerente admitir-se que os réus assumissem o tributo incidente sobre a remuneração extrafolha, justamente a finalidade oposta ao meio eleito.

Ao contrário, os documentos existentes nos autos revelam que o salário líquido da reclamante superava aquele registrado nos recibos, não tendo havido provas do recolhimento dos tributos incidentes sobre a diferença constatada. Trata-se, na verdade, de salário bruto superior ao declarado nos recibos, sobre o qual não foram corretamente observados os recolhimentos fiscais e previdenciários, eis que limitados à importância registrada.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F.____

Neste sentido, os recolhimentos fiscais e previdenciários relativos aos pagamentos não declarados durante o pacto não decorrem do presente julgado e, portanto, são alheios à competência desta Especializada.

Demais disso, é princípio basilar do Direito Tributário, notadamente em face dos dispositivos constitucionais que regem a matéria, a capacidade contributiva (artigo 145 § 1º da Constituição da República) que, associada ao princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, *caput*, da Constituição), impõem tratamento isonômico a todos que auferem riqueza, na medida da sua capacidade de contribuir ao fisco. Quer dizer, de um lado, que a Fazenda não pode exigir tributos além da capacidade que o indivíduo possua de contribuir, eis que vedado o confisco. De outro lado, impõe igualmente o dever de contribuir a todos aqueles que auferem riqueza, assim considerada os ganhos obtidos que confirmam a alguém a qualidade de contribuinte, posto que detentor de capacidade contributiva.

Assim, ao auferir renda, a reclamante, a *priori*, está sujeita à tributação a todos imposta, não lhe sendo possível conferir qualquer imunidade tributária, posto que não garantida constitucionalmente na espécie. Também não se afigura devida a transferência a terceiros do ônus correspondente à obrigação tributária principal, na condição de contribuinte, mesmo que em face de seu empregador, cujo papel restringe-se ao de responsável tributário.

Neste contexto, não faz jus a reclamante à isenção tributária pretendida, uma vez que a ela competia declarar ao fisco os valores recebidos durante o pacto, enquanto aos reclamados competia reter e recolher os tributos devidos, deduzido dos créditos da trabalhadora. Desta forma, não há falar em integração de tributos à remuneração da autora, mas apenas reconhecer a existência de pagamentos extrafolha que, em valor, correspondia aos descontos registrados nos contracheques, referentes ou não a tributos.

De igual sorte, não há falar em autorização de isenção relativamente ao imposto de renda e contribuições previdenciárias – cota da reclamante – que sejam devidas. Revela-se, igualmente indevida a imposição aos réus dos descontos fiscais decorrente do acúmulo de valores oriundo da presente ação, dada a condição de



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F.____

contribuinte da autora e ao fato de que o Imposto de Renda tem incidência sobre as verbas recebidas pela trabalhadora em decorrência da presente demanda, não tendo havido, ainda, a constituição do fato gerador do citado tributo. Desta forma, incidirá este sobre os valores atualizados quando do pagamento, sendo inviável o deferimento de inversão da sujeição passiva que impõe o desconto do valor correspondente ao seu crédito, pedido que, ademais, encontra obstáculo em dispositivo expresso em lei – art. 46 da Lei 8.541/92.

Cumpra registrar que não se está isentando os reclamados de sua responsabilidade tributária, assim caracterizada pelo dever de retenção e recolhimento do tributo devido pela autora em decorrência da presente ação – contribuições previdenciárias da cota da reclamante e imposto de renda –, que deverão ser decotados do crédito bruto da reclamante, cujo pagamento total cabe aos reclamados efetuar.

Por tais motivos, indefere-se a pretensão de transferência da sujeição passiva, haja vista que se trata de tributo com fato gerador complexo, cuja aferição se dá anualmente, nos termos da legislação específica.

O indeferimento da inversão da sujeição passiva da relação jurídico tributária envolve não só o Imposto de Renda, mas também as contribuições previdenciárias a cargo da reclamante, sujeitas aos mesmos princípios e critérios expostos retro.

Ante a exclusão da condenação da inversão da sujeição passiva tributária, resta prejudicada a análise da questão relativa ao julgamento *extra petita*.

Isto posto, nego provimento ao recurso da reclamante e dou provimento parcial ao recurso dos reclamados para excluir da condenação a imposição aos reclamados do dever de arcar com o imposto de renda e contribuições previdenciárias da cota da reclamante, preservando-se o seu dever de deduzir tais tributos do crédito bruto e efetuar seu correto recolhimento.

REMUNERAÇÃO EXTRAFOLHA – PLANO DE SAÚDE Recurso da Reclamante

Insurge-se a reclamante contra o indeferimento do pleito relativo ao reconhecimento como



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

remuneração extrafolha dos pagamentos efetuados a título de plano de saúde, ao fundamento que o réu tinha conhecimento de tais pagamentos, cujos valores não correspondem aos gastos com plano de saúde.

Examina-se.

O juízo de primeiro grau assim definiu a questão (fls. 1393-v):

“Em relação a essa benesse, dispõe o artigo 458, § 2º da CLT que não serão consideradas como salário: IV assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde”.

A reclamante não trouxe aos autos qualquer prova de que os valores pagos a título de plano de saúde não tinham esta exclusiva destinação. A partir dos documentos apontados pela autora em seu recurso, constata-se, a título de exemplo, a discriminação de fls. 193, que aponta o pagamento destacado para Unimed, de R\$226,35, o que era inferior aos gastos com plano de saúde, conforme demonstra o extrato de fls. 1094, no qual resta consignada a mensalidade do plano nos exatos valores quitados pelos reclamados.

Em que pese terem sido efetuados os pagamentos em favor da autora por meio de cheque, o montante destinava-se exclusivamente à quitação de plano de saúde em favor da ex-empregada, o que atende à finalidade prevista no artigo 458 § 2º, IV da CLT.

Nego provimento.

DIFERENÇAS SALARIAIS E REFLEXOS Análise Conjunta dos Recursos

Insurgem-se os reclamados contra a condenação em diferenças salariais, ao fundamento que a reclamante recebia salário superior a 12 salários mínimos e que a vinculação ao salário mínimo é indevida.

Ao seu turno, pretende a reclamante o deferimento dos reflexos da diferença salarial em RSR.

Ao exame.

O juízo de primeiro grau analisou a questão



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

nos seguintes termos (fls. 1394):

“Conforme se pode observar dos recibos de pagamento de salário juntados aos autos e a tabela de evolução do valor do salário mínimo também juntada com a inicial (folhas 156), restou evidenciado que a reclamante realmente teve sua remuneração vinculada a determinado número de salários mínimos, durante o período imprescrito, sendo que ao final eram 12 salários mínimos, mas essa remuneração fixa ficou congelada desde março de 2008.

A título meramente exemplificativo tem-se a tabela juntada na inicial às folhas 06/07, e os comprovantes de pagamento de salário dos meses de março de 2006 (fl.173), julho de 2006 (fl. 177) e julho de 2007 (fl. 184), todos evidenciando a remuneração de 12 salários mínimos, valor que foi congelado a partir de março de 2008 quando o salário mínimo passou a R\$415,00.

Da mesma forma, admitiu o 2º reclamado em audiência esse fato, pelo que deverá a reclamada efetuar o pagamento das diferenças correspondentes à evolução do valor do salário mínimo para composição da remuneração, com reflexos em férias mais 1/3, 13º salário, FGTS mais 40% e aviso prévio.

Indefere-se o pedido de reflexos no repouso porquanto o salário já era calculado com inclusão do repouso”.

D.m.v., divirjo.

Conforme reconhecido supra, os reclamados efetuavam o pagamento extrafolha à reclamante em valores líquidos superiores àqueles lançados nos recibos colacionados aos autos.

A análise de tais pagamentos, notadamente no período alegado de congelamento da vinculação a 12 salários mínimos, a partir de março de 2008, revela que durante o período imprescrito, o salário mínimo tinha os seguintes valores: março de 2008 – R\$415,00; fevereiro de 2009 – R\$465,00; janeiro de 2010 – R\$510,00; janeiro de 2011 – R\$540,00; março de 2011 – R\$545,00; janeiro de 2012 – R\$622,00.

Considerando tais valores, o pleito de aplicação de 12 salários mínimos corresponderia aos seguintes valores líquidos (deduzidas as contribuições previdenciárias da autora e 8% e Imposto de Renda, na



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

alíquota de 27,5%, com a dedução): R\$3.870,48, a partir de março de 2008; R\$4.384,80, a partir de fevereiro de 2009; R\$4.774,82, a partir de janeiro de 2010; R\$5.014,94, a partir de janeiro de 2011; R\$5.086,13, a partir de março de 2011; R\$5.735,01, a partir de janeiro de 2012 – R\$622,00.

Já os valores líquidos recebidos pela autora a título de salário, a partir de março de 2008 eram de R\$4.560,00 (fls. 192/193), o que atende ao critério de 12 salários mínimo até dezembro de 2009.

Com relação ao período posterior, a pretensão da reclamante encontra óbice no teor da Súmula Vinculante 4, do E. STF, que assim dispõe:

“Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”.

Nos termos da referida súmula, publicada em 09/05/2008 e, portanto, de conhecimento das partes durante o período contratual em que ainda persiste a controvérsia, não é possível a vinculação da remuneração a certo número de salários mínimos, especialmente quando sua remuneração supera tal patamar. Admitir o contrário implica em indevida autorização do fator de indexação cuja utilização é expressamente vedada, além de ensejar reajustes automáticos de salários sem negociação coletiva ou mesmo entre as partes, o que viola, também, o Princípio Constitucional da Livre Iniciativa (artigos 1º, IV e 170 da Constituição da República).

Indevida a parcela principal, não há falar nos reflexos em RSR vindicados no recurso da autora; indevidos seriam ainda pela razão exposta no julgado recorrido.

Isto posto, nego provimento ao recurso da reclamante e dou provimento ao recurso dos reclamados para excluir da condenação as diferenças salariais correspondentes à evolução do valor do salário mínimo, bem como os reflexos dela decorrentes.

MULTAS DOS ARTIGOS 467 E 477 DA CLT
Recurso da Reclamante

Em face da controvérsia travada nos autos, que envolveu todos os pedidos formulados na inicial, não há



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F.____

falar em incidência da penalidade estabelecida no artigo 467 da CLT.

O TRCT de fls. 72/73 informa dispensa da reclamante em 12/09/2011, e acerto rescisório, com assistência sindical, em 21/09/2011, dentro, portanto, do prazo estipulado pelo artigo 477 § 6º da CLT, não se concretizando a hipótese do § 8º do mesmo art. 477 consolidado.

Provimento negado.

JUROS – IMPOSTO DE RENDA

Recurso da Reclamante

Pretende a reclamante a determinação de observância da OJ 400 da SDI-1 do C. TST: *“Os juros de mora decorrentes do inadimplemento de obrigação de pagamento em dinheiro não integram a base de cálculo do imposto de renda, independentemente da natureza jurídica da obrigação inadimplida, ante o cunho indenizatório conferido pelo art. 404 do Código Civil de 2002 aos juros de mora”*.

Em que pese não ter sido tal questão objeto da sentença ou dos embargos de declaração, entendo tratar-se de medida que pode ser determinada inclusive de ofício.

Sendo assim, dou provimento ao recurso para determinar que, na liquidação de sentença, seja observada a OJ 400 da SDI-1 do C. TST.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Recurso da Reclamante

O acesso à jurisdição trabalhista é possível mediante assistência sindical, sendo, ainda, subsidiado pelo próprio Estado através do *jus postulandi*, o que viabiliza ao trabalhador o ajuizamento da ação perante o setor de atermção desta Especializada, sem a contratação de advogado particular. Deste modo, a constituição de procurador nos autos constitui mera faculdade do autor, o que afasta a caracterização da referida despesa como dano a seu patrimônio, visto que por ele desejada, não podendo, pois, ser imputados a terceiros os ônus decorrentes de sua escolha.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F. ____

Demais disso, não se tratando de trabalhador assistido pelo sindicato de sua categoria profissional, descabem honorários advocatícios, a teor do entendimento contido na Súmula 219, I do C. TST, que prevalece mesmo após a vigência do artigo 5º da IN 27, do C. TST, uma vez que a referida norma excetua expressamente a incidência de honorários advocatícios pela mera sucumbência, em ações fundadas na relação de emprego, justamente o oposto do que foi sustentado nas razões recursais.

Por fim, nem o *jus postulandi* nem a limitação de fixação de honorários advocatícios à hipótese de assistência sindical violam o art. 133 da Constituição da República, posto que o exercício da advocacia e, por conseguinte, a obrigatoriedade de participação de advogado em processo judicial trabalhista, pode ser objeto de adequação legal, uma vez que o dispositivo constitucional invocado constitui norma de eficácia contida, que comporta regência restritiva por meio de norma infraconstitucional, o que é o caso do art. 791, *caput*, da CLT, que autoriza o processamento de ação ajuizada diretamente pela parte.

Nego provimento.

**RECONVENÇÃO - DEVOUÇÃO DE VALORES,
JUSTA CAUSA E DANOS MORAIS
Recurso dos Reclamados**

Batem-se os reclamados contra a decisão que indeferiu os pedidos formulados em sede de reconvenção, ao fundamento que é devida a devolução, por parte da autora, dos valores indevidamente apropriados a título de INSS e IR. Insistem fazer jus a indenização por danos morais e em conversão da dispensa sem justa causa em dispensa por justa causa em razão da subtração e divulgação, por parte da autora, de documentos dos reclamados protegidos por sigilo profissional.

Examina-se.

À vista do que já foi decidido retro, os pagamentos extrafolha realizados à reclamante não consistiam em apropriação de importâncias destinadas a recolhimentos fiscais e previdenciários, mas parte da remuneração cujos valores correspondiam àqueles descritos nos recibos como deduções, que incluíam os tributos



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F.____

mencionados e outras parcelas. Desta forma, não prospera o pleito de restituição de IR e INSS por parte da autora.

De igual sorte, descabe falar em conversão da dispensa imotivada em demissão por justa causa, uma vez que se trata de pena que, acaso cabível, somente era passível de imposição no curso do contrato de trabalho. Tratando-se de livre exercício do direito potestativo do empregador, a dispensa imotivada encontra-se perfeita e acabada, não sendo, assim, passível de revisão.

No que concerne ao dano moral vindicado pelos reclamados, não há falar em prática de ato ilícito por parte da reclamante, uma vez que não houve qualquer violação de sigilo profissional. Sustentaram os reclamados durante toda a ação que a reclamante tinha acesso a todos os processos patrocinados pelos réus, efetuando pagamentos e elaborando cálculos de liquidação. Se a reclamante teve acesso a documentos sigilosos dos reclamados, isto se deu com sua expressa autorização.

Demais disso, não há qualquer notícia de existência de proteção relativamente aos documentos colacionados aos autos, eis que não houve decretação de sigilo em qualquer dos processos a que se referem, nem mesmo houve juntada de material sujeito a sigilo fiscal ou bancário. Neste mesmo sentido, os documentos trazidos aos autos tiveram como única finalidade a prova de fatos relativos ao contrato de trabalho, não havendo notícia de seu uso fora dos limites éticos do processo.

À míngua de ato ilícito, não há falar em indenização por dano moral.

Nego provimento.

JUSTIÇA GRATUITA
Recurso dos Reclamados

Sem razão os reclamados no inconformismo contra o deferimento dos benefícios da justiça gratuita à autora.

Nesse aspecto, discutível até o interesse recursal dos reclamados em revolver a questão, já que nenhum prejuízo jurídico teve com a concessão da justiça gratuita à reclamante.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F.____

A gratuidade de justiça foi deferida com suporte nas Leis 1060/50 e 7584/70, atendendo a pedido formulado adequadamente na inicial. Observa-se ainda que a presunção de pobreza da autora, no sentido legal, não restou infirmada pela reclamada recorrente. Registre-se que tal condição não se vincula exclusivamente aos ganhos do beneficiário, devendo-se levar em conta também seus gastos, o que é objeto da declaração e não é passível de ser infirmada apenas pelos elementos constantes dos autos.

Provimento negado.

VALOR DA CONDENAÇÃO
Recurso dos Reclamados

Considerando-se a natureza das parcelas deferidas, inclusive comissões, e, ainda, a extensa duração do contrato de trabalho, vigente desde 1989, e a condenação em pagamento de integrações em FGTS + 40%, adequado o arbitramento da condenação em R\$500.000,00.

Nego provimento.

CONCLUSÃO

Rejeito a preliminar de inadmissibilidade suscitada pela reclamante em contrarrazões e conhecimento dos recursos ordinários interpostos pelos reclamados e pela reclamante; rejeito as arguições de nulidade da sentença apresentadas vencido em parte o Exmo. Desembargador João Bosco Pinto Lara; no mérito, dou-lhes provimento parcial para: fixar em 25/11/2006, o marco da prescrição quinquenal reconhecida, vencido, nesse particular, o Exmo. Desembargador João Bosco Pinto Lara; determinar que, na liquidação de sentença, que seja observada a OJ 400 da SDI-1 do C. TST; excluir da condenação as diferenças salariais correspondentes à evolução do valor do salário mínimo, bem como os reflexos dela decorrentes; ampliar a condenação referente às horas extras por inobservância dos intervalos intrajornada e correspondentes reflexos para o equivalente a 1 hora extra diária; determinar, na apuração das horas extras, a observância do horário médio de saída às 19h15min; excluir da condenação dos reflexos do RSR deferidos em desconformidade com o disposto na OJ 394 da SDI-1/TST; determinar que as comissões sejam apuradas, em liquidação, observados os valores constantes nos cheques de fls. 321/455, onde neles estiver constando que se referem ao pagamento de "cálculos" ou "minha participação",



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F.____

observando-se a média para fins reflexos em RSR, férias com 1/3, FGTS + 40%, vencida, nesse aspecto, a Exma. Desembargadora Relatora; reconhecer como data de admissão o dia 01/03/1989, acrescendo à condenação a determinação de que o reclamado proceda à correspondente retificação da CTPS da reclamante e o pagamento da indenização correspondente ao FGTS relativo ao período sem anotação (01/03/1989 a 01/12/1989), acrescido da multa de 40%; excluir da condenação a imposição aos reclamados do dever de arcar com o imposto de renda e contribuições previdenciárias da cota da reclamante, preservando-se o seu dever de deduzir tais tributos do crédito bruto e efetuar seu correto recolhimento, vencidos o Exmo. Juiz Convocado Revisor e o Exmo. Desembargador João Bosco Pinto Lara. Mantenho o valor arbitrado à condenação, por compatível.

Fundamentos pelos quais,

ACORDAM os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da **Terceira Região**, pela sua **Nona Turma**, à unanimidade, rejeitar a preliminar de inadmissibilidade suscitada pela reclamante em contrarrazões e conhecer dos recursos ordinários interpostos pelos reclamados e pela reclamante; por maioria de votos, rejeitar as arguições de nulidade da sentença apresentadas, vencido em parte o Exmo. Desembargador João Bosco Pinto Lara que acolhia as preliminares de nulidade por cerceamento de defesa, em razão do acolhimento da contradita e do indeferimento de substituição de testemunha, bem como acolhia a arguição de coisa julgada; no mérito, por maioria de votos, dar-lhes provimento parcial para: fixar, em 25/11/2006, o marco da prescrição quinquenal reconhecido, vencido, nesse particular, o Exmo. Desembargador João Bosco Pinto Lara; determinar que, na liquidação de sentença, que seja observada a OJ 400 da SDI-1 do C. TST; excluir da condenação as diferenças salariais correspondentes à evolução do valor do salário mínimo, bem como os reflexos dela decorrentes; ampliar a condenação referente às horas extras por inobservância dos intervalos intrajornada e correspondentes reflexos para o equivalente a 1 hora extra diária; determinar, na apuração das horas extras, a observância do horário médio de saída às 19h15min; excluir da condenação dos reflexos do RSR deferidos em desconformidade com o disposto na OJ 394 da SDI-1/TST; determinar que as comissões sejam apuradas, em liquidação, observados os valores constantes nos cheques de fls. 321/455, onde neles estiver constando que se referem ao pagamento de “cálculos” ou “minha participação”,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3ª REGIÃO

02330-2012-022-03-00-2-R0

F.____

observando-se a média para fins reflexos em RSR, férias com 1/3, FGTS + 40%, vencida, nesse aspecto, a Exma. Desembargadora Relatora; reconhecer como data de admissão o dia 01/03/1989 e acrescentar à condenação a determinação para que o reclamado proceda à correspondente retificação da CTPS da reclamante e o pagamento de indenização correspondente ao FGTS relativo ao período sem anotação (01/03/1989 a 01/12/1989), acrescido da multa de 40%; excluir da condenação a imposição aos reclamados do dever de arcar com o imposto de renda e contribuições previdenciárias da cota da reclamante, preservando-se o seu dever de deduzir tais tributos do crédito bruto e efetuar seu correto recolhimento, vencidos, o Exmo. Juiz Convocado Revisor que acrescia à condenação 15 minutos extras pela aplicação do art. 384 da CLT, e o Exmo. Desembargador João Bosco Pinto Lara que aplicava o art. 62, II, da CLT e excluía as horas extras. Mantido o valor arbitrado à condenação.

Belo Horizonte, 8 de outubro de 2013.

MARIA STELA ÁLVARES DA SILVA CAMPOS
Desembargadora Relatora