



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 3^a REGIÃO

01209-2013-019-03-00-1-RO

RECORRENTES: (1) **JOSÉ PAULINO DA SILVA**
(2) **NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S.A.**
RECORRIDOS: **OS MESMOS E**
GESILVA REPRESENTAÇÕES LTDA.

RELATOR: **DESEMBARGADOR EMERSON JOSÉ ALVES LAGE**

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO.
AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. Não se conhece de recurso ordinário interposto por advogado sem procuração nos autos, por irregularidade de representação processual. Nesse sentido, a Súmula 164 do TST.

Vistos os autos, relatados e discutidos os presentes recursos ordinários, decide-se:

1 – RELATÓRIO

A MM. Juíza do Trabalho Flávia Cristina Souza dos Santos Pedrosa, em exercício na 19^a Vara do Trabalho de Belo Horizonte, pela r. sentença de f. 391/403, cujo relatório adoto e a este incorporo, rejeitou as preliminares eriçadas e julgou procedentes, em parte, os pedidos formulados na Reclamação Trabalhista ajuizada por JOSÉ PAULINO DA SILVA contra NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A e GESILVA SERVIÇOS E INSTALAÇÕES DE TV CABO LTDA, para: 1 - declarar a nulidade do contrato de trabalho anotado na CTPS do autor pela segunda ré e reconhecer o vínculo do reclamante com a primeira reclamada, a quem condene a retificar a anotação constante da CTPS obreira para que nela passe a figurar como real empregadora no contrato registrado, indevidamente, pela segunda reclamada, retificando, ainda, a função para instalador de TV a cabo, tudo no prazo de 05 dias a contar de sua intimação para tanto, após o trânsito em julgado da presente, sob pena de multa diária de R\$300,00, até o limite de R\$3.000,00, o que se fixa com amparo no artigo 461, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil. Alcançado o limite, deverá a Secretaria deste Juízo proceder à retificação ora determinada, sem prejuízo da execução da multa; 2 - condenar as reclamadas, solidariamente, a pagar ao reclamante, no prazo de 08 dias a contar do trânsito em julgado, e conforme se apurar na fase de liquidação, as

seguintes verbas: a) indenização substitutiva correspondente à diferença do vale alimentação, na forma da cláusula 12^a da CCT 2012/2013 (f. 25), estritamente no período de vigência de tal instrumento normativo, observados os valores e demais critérios ali informados, sem qualquer integração ao salário após o término daquela vigência, ficando autorizada a dedução dos valores relativos aos tíquetes refeição concedidos pela segunda reclamada no curso do contrato; b) participação nos lucros e resultados prevista na cláusula 11^a da CCT 2012/2013 (f. 25) no valor correspondente a 1,5 salários base, considerando o valor vigente em janeiro/2013; c) diferenças de adicional de periculosidade, ao longo de todo o contrato, considerando-se o disposto no artigo 193, § 1º, da CLT, com reflexos em férias acrescidas de 1/3, gratificações natalinas e FGTS (a ser depositado em conta vinculada).

Recurso ordinário pelo reclamante às f.404/407, versando sobre horas extras e dano moral.

Procurador constituído conforme instrumentos de mandato de f.45 e substabelecimento à f. 358.

Recurso ordinário interposto pela primeira reclamada, NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A, às f. 408/422, versando sobre legalidade da terceirização; inexistência de vínculo de emprego; enquadramento sindical; adicional de periculosidade e benefícios da justiça gratuita concedidos ao autor.

Procuração às f. 321/323 e substabelecimento à f. 324/325.

Preparo regular comprovado a f. 424-verso/425.

Contrarrazões às f. 429/432, pelo reclamante; às f. 433/438, pela segunda reclamada, reiteradas às f. 443/449; e às f. 439/442, pela primeira reclamada.

Não houve manifestação do Ministério Público do Trabalho, já que neste processo não se vislumbra interesse público a proteger, nem quaisquer das hipóteses previstas no art. 82 do Regimento Interno deste Eg. Tribunal Regional do Trabalho.

É o relatório.

2 – ADMISSIBILIDADE

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DA PRIMEIRA RECLAMADA, POR IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL

A regularidade da representação é pressuposto de admissibilidade recursal, cuja inexistência implica a incapacidade postulatória para recorrer. A ausência de regular instrumento de mandato nos autos impede que o apelo da parte seja conhecido, não sendo passível de regularização na fase recursal.

Nesse sentido, a Súmula 383 do TST, *in verbis*:

"MANDATO. ARTS. 13 E 17 DO CPC. FASE RECURSAL. INAPLICABILIDADE.

I - É inadmissível, em instância recursal, o oferecimento tardio de procuração, nos termos do art. 37 do CPC, ainda que mediante protesto por posterior juntada, já que a interposição de recurso não pode ser reputada ato urgente.

II - Inadmissível na fase recursal a regularização da representação processual, na forma do art. 13 do CPC, cuja aplicação se restringe ao Juízo de 1º grau".

No caso, a primeira reclamada não juntou aos autos procuração que conferisse poderes ao subscritor do recurso, não constando o nome dele nos instrumentos de mandato de f. 321/323 e de substabelecimento de f. 324/325. Assim, não apresentado instrumento de procuração ou substabelecimento em seu nome, o advogado Valdemir Sousa Cordiro – OAB 86727 – não possui poder de representação válido da reclamada neste processo.

Assim, não estando o recurso ordinário subscrito por advogado devidamente habilitado nos autos para tanto, nos termos da Súmula 164 do TST, configurada está a ilegitimidade de representação, motivo pelo qual o recurso não deve ser conhecido.

Saliente-se, ademais, que não se configura nos autos a hipótese de mandato tácito, haja vista que o signatário do recurso ordinário não se fez presente nas audiências realizadas (atas de f. 55 e 386).

Por todo o exposto, não se conhece do recurso ordinário interposto pela primeira reclamada.

Próprio e tempestivo, conhece-se do recurso ordinário manejado pelo reclamante, não sujeito a preparo.

3 – FUNDAMENTOS

3.1 – HORAS EXTRAS

Na inicial, a reclamante alegou que de 23/05/2011 a 01/01/2013 trabalhava das 7h30min às 17h30min, de segunda a sexta, sem intervalo; das 7h30min às 19h aos sábados e das 7h30min às 18h30min em um domingo por mês, sempre com uma hora de intervalo intrajornada. A partir de 01/01/2013, passou a trabalhar das 7h30min às 19h30min, de segunda a sábado e em um domingo por mês, continuando a usufruir do intervalo intrajornada de uma hora (Inicial, f.10/11. Pediu horas extras, alegando que as reclamadas, empresas com mais de dez empregados, não lhe forneciam cartões de ponto e que assinava papéis sem saber do que tratavam, negando haver cartão de ponto legítimo (f. 17, item 10).

Em defesa, a primeira reclamada (NET) refuta a

existência de horas extras não quitadas ou compensadas e aduz que o reclamante cumpria jornada externa incompatível com controle, o que lhe retiraria o direito ao recebimento de horas extras, por força do disposto no art. 62, I, da CLT (Contestação, f. 72). Acrescenta que nunca exigiu o labor em sobrejornada de suas parceiras, como é o caso da segunda reclamada.

A segunda reclamada, por sua vez, nega a jornada descrita pelo reclamante, reputando válida aquela registrada nos cartões de ponto apresentados com a defesa (f. 153/177), apresentando jornada variável e, até mesmo, em alguns casos, superior à informada pelo reclamante. Acrescenta que as horas extras prestadas foram quitadas, como comprovam os demonstrativos de pagamento que trouxe aos autos (Contestação, f. 111).

O d. Juízo acolheu a tese de defesa, quanto à validade dos registros de ponto e, considerando que o reclamante não apontou horas extras não quitadas, julgou improcedente o pedido de pagamento de horas extras e reflexos (sentença, f. 398).

Não se conforma o reclamante. Insiste em que seja considerada a jornada de trabalho declinada na inicial, em razão de as anotações lançadas nas folhas de ponto não refletirem a realidade e de a reclamada não ter produzido prova concreta do horário de trabalho.

A distribuição do ônus da prova em demandas relativas à prestação de trabalho extraordinário não reconhecido pela empresa é idêntica à que se observa nas demais situações ordinariamente verificadas no processo trabalhistico: a prova dos fatos constitutivos incumbe ao empregado, autor; a demonstração dos impeditivos, modificativos e extintivos compete à empresa reclamada.

Nos termos do art. 74 da CLT, compete ao empregador que possui mais de dez empregados trabalhando no seu estabelecimento o ônus de provar o horário de trabalho do empregado, o que deve fazer documentalmente, mediante a apresentação dos registros que, por lei, está obrigado a manter, sob pena de acolhimento da jornada indicada na petição inicial, conforme item I da Súmula 338 do colendo TST.

Há que se destacar, ainda, que os dados contidos nos cartões de ponto não constituem prova absoluta de veracidade das informações ali inseridas, podendo ser desconstituídos por outras provas, ainda que os registros de horário sejam variáveis (item II da Súmula 338 do TST), o que, no entanto, não se verificou no presente caso.

Na hipótese, foram juntados os cartões de ponto referentes ao período de duração do contrato de trabalho (f. 153/177), os quais registram horários variados e foram devidamente assinados pelo reclamante.

O depoimento do preposto da segunda reclamada esclarece que, de fato, não eram fornecidos cartões de ponto aos empregados, como alegado pelo reclamante na inicial, mas havia registros, que refletiam os horários de baixa das ordens de serviço, as quais eram preenchidas pelo

próprio reclamante, sendo apresentadas as folhas de ponto respectivas no final do mês para os empregados (Depoimento do preposto da segunda reclamada, Ata, f. 386).

A pedido do reclamante, foi ouvida a testemunha trazida a juízo pela segunda reclamada, que confirmou essa forma de registro de jornada, além de afirmar que o horário de início era 7h30min, com término variando das 17h às 18h, vejamos:

“o horário de início de trabalho do reclamante era às 07h30, variando o horário de término conforme as ordens de serviço, podendo ser até às 17h ou 18h; não sabe informar o horário mais tarde em que viu o reclamante indo embora, pois trabalha em capo e o autor, depois que entregava a OS, não telefonava par ao depoente; (...) não ficava sabendo a hora em que sua equipe ia embora; (...) o norma é o instalador ser escalado para trabalhar pelo menos em um domingo no mês, mas não pode afirmar se o autor trabalhou nos domingos que foi escalado; o domingo trabalhado era compensado com folga semanal; o horário de saída constante da folha de ponto é retirado da última OS cumprida pelo instalador”.

Nesse contexto, embora impugnados, não há como acolher a tese inicial de que os cartões de ponto não são fidedignos, neles se verificando, ademais, o registro de várias horas extras, não tendo o autor apontado diferenças.

Veja-se que embora o horário contratual fosse das 07h30min às 16h30min, há registro de saída após esse horário, citando-se, a título de exemplo, o cartão de f. 176, que registra saída às 18h33min.

Em relação ao controle de horário, foi afirmado pelo reclamante na petição inicial que a reclamada tinha ciência do momento da finalização dos serviços através do número de identificação do cliente atendido, o que se dava através do telefone celular corporativo (f. 10). Também afirmou o controle sobre o horário de início das atividades, o que demonstra que mesmo cumprindo o autor jornada externa a reclamada dispunha de meios de proceder ao controle e registro.

A alegação do reclamante de que assinava documentos (cartões de ponto) sem saber a que se referiam não se mostra crível, sendo que, ademais, tal assertiva não ficou corroborada pela prova produzida nos autos.

Assim, na linha do entendimento adotado na origem, reputam-se válidos os controles de jornada, sendo que as horas extras trabalhadas já foram quitadas.

Nega-se provimento.

3.2 – INDENIZAÇÃO DE DANO MORAL

Insiste o reclamante na condenação da reclamada à indenização de dano moral decorrente do trabalho habitual em sobrejornada.

Cita precedentes.

O dano moral passível de recomposição é aquele causado pela subversão ilícita de valores subjetivos que são caros à pessoa, porque, a partir da Constituição Brasileira de 1988, albergou-se como princípio fundamental a valoração da dignidade da pessoa humana, dispondo o inciso X do seu artigo 5º que “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

Para o deferimento da reparação é necessário que a vítima comprove a conduta ilícita do agente ofensor, capaz de gerar sofrimento psíquico e abalo moral e o nexo de causalidade entre o dano psicológico perpassado e a conduta da reclamada (artigos 186 e 927 do Código Civil), prescindindo de prova o próprio dano, que decorre da natureza humana (dano *in re ipsa*) diante de situações singulares que levam a um sofrimento íntimo.

É certo, portanto, que a ordem jurídica não coaduna com qualquer tipo de tratamento degradante ou humilhante que venha a ser praticado contra o trabalhador. A conduta antijurídica a ensejar a reparação por danos morais deve ser capaz de ofender a honra e a dignidade da pessoa, atingindo-a em sua esfera mais íntima, de modo a causar-lhe transtornos psicofísicos.

No caso, embora o reclamante laborasse em sobrejornada, conforme apontam os cartões de ponto, considerados fidedignos, bem como os recibos de pagamento de salários, não se verifica que a jornada cumprida, no exercício da função de instalador de TV a cabo, fosse capaz de causar danos de ordem moral ao reclamante. Os elementos fático-probatórios presentes nos autos não demonstram dano efetivo à saúde do trabalhador que guarde nexo causal com a jornada cumprida.

Nesse contexto, os danos são essencialmente materiais e foram devidamente compensados com a quitação das horas extras prestadas.

Nega-se provimento.

4 – CONCLUSÃO

Conhece-se do recurso ordinário do reclamante e, no mérito, nega-se-lhe provimento.

Não se conhece do recurso ordinário interposto pela primeira reclamada, por irregularidade de representação processual.

Fundamentos pelos quais,

ACORDAM os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, pela sua 1ª Turma, à unanimidade, não conhecer do recurso ordinário interposto pela primeira reclamada, por irregularidade de representação processual, mas conhecer do recurso ordinário do reclamante; no mérito, sem divergência, negar-lhe provimento.

Belo Horizonte, 22 de setembro de 2014.

**EMERSON JOSÉ ALVES LAGE
DESEMBARGADOR RELATOR**

EJAL/AF/10