

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO
"A conciliação é o melhor caminho para a paz"

2ª TURMA

CNJ: 0000335-35.2011.5.09.0009

TRT: 07698-2011-009-09-00-3 (RO)

DANOS MORAIS. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA EM RAZÃO DE GRAVIDEZ. INDENIZAÇÃO.

O desconhecimento da gravidez da trabalhadora, pelo empregador, num aspecto geral, não é relevante quando se trata de assegurar o emprego à gestante, pois a responsabilidade, na hipótese, é objetiva. Não havendo justa causa, deve-se anular o ato de despedida e assegurar o direito da trabalhadora de permanecer no emprego. Por outro lado, quando se trata de averiguar possível dispensa discriminatória, o conhecimento da gravidez se revela fundamental e a análise da situação concreta deve considerar vários elementos, inclusive a possível inversão do ônus probatório. Se houver nos autos algum elemento de prova, a exemplo de documento no sentido de que a trabalhadora informou o preposto da empregadora sobre exame de gravidez e resultado positivo e que foi despedida na mesma data dessa comunicação, o confronto das provas com a decisão de despedir permite concluir que foi discriminatória a denúncia do contrato, presunção que só será afastada por provas substanciais de que o empregador possuía razões legítimas para a prática do ato. A presunção se mantém independente da condição social ou intelectual da trabalhadora, ainda que advogada, pois a imposição a que se formalize a ruptura contratual em instrumento de aparente validade, como condição para o recebimento de valores decorrentes do contrato, contempla vício na origem e tem o potencial de provocar danos a direitos de personalidade. Ausente prova conclusiva em contrário, presume-se a despedida em razão de gravidez, que é discriminatória e, portanto, abusiva, passível de gerar o direito a indenização por danos morais.

DANOS MORAIS. IMPOSIÇÃO A QUE A TRABALHADORA CONSTITUÍSSE PESSOA JURÍDICA COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO TRABALHO.

Consatada a exigência, por parte da empregadora, de que a trabalhadora constituísse empresa como condição para lhe prestar serviços, por se tratar de imposição abusiva e indevida e implicar inegáveis prejuízos de ordem jurídico-econômica à relação que deveria ter ocorrido com vínculo de emprego e, por consequência, insegurança e gravames desnecessários, deve-se reconhecer violação a direitos de personalidade e o dever de indenizar. Considera-se na fixação do valor indenizatório a reiteração da conduta patronal na prática de atos causadores de danos morais, o que deve resultar em valor significativo como medida pedagógica capaz de desencorajar e coibir condutas ilícitas por parte do empregador, seus prepostos ou agentes. Recurso da autora a que se dá provimento para condenar as rés no pagamento de duas indenizações por danos morais.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da 09ª Vara do Trabalho de Curitiba, em que são recorrentes **BRASILSAT HARALD S.A. e BIANCA HAMMERLE AVELAR** e recorridos **OS MESMOS, BRASILSAT LTDA., BRISTUR ADMINISTRAÇÃO DE HOTÉIS E CONDOMÍNIOS LTDA., DUOMO ADMINISTRADORA DE BENS LTDA. e CONDOMÍNIO SHOPPING CENTER CIDADE DAS FLORES.**

I. RELATÓRIO

Da sentença de fls. 1205-1219, complementada pela sentença de embargos de declaração de fls. 1235-1239, recorrem a autora e a primeira ré.

A autora, às fls. 1286-1311, pretende modificação quanto aos seguintes itens: a) necessidade de anulação da sentença; b) jornada de trabalho; c) remuneração - período de estabilidade de gestante; d) FGTS - depósitos; e) dano moral; e f) honorários de sucumbência - justiça gratuita.

Contrarrazões apresentadas pela primeira ré Brasilsat Harald S.A. às fls. 1330-1343.

Os réus Brasilsat Ltda., Bristur Administração de Hotéis e Condomínios Ltda., Duomo Administradora de Bens Ltda. e Condomínio Shopping Center Cidade das Flores, regularmente intimados, não apresentaram contrarrazões.

A primeira ré, Brasilsat Harald S.A., às fls. 1254-1282, pretende modificação quanto aos seguintes itens: a) preliminar - intempestividade; b) vínculo empregatício; c) valor da remuneração; d) RSR; e) horas extras/fixação de jornada; f) intervalo do artigo 384 da CLT; g) férias - gratificação natalina - FGTS depósitos; h) verbas rescisórias; i) estabilidade gestante; j) descontos - restituição; e k) gastos - abertura encerramento de Pessoa Jurídica.

Custas recolhidas à fl. 1284.

Depósito recursal efetuado à fl. 1283.

Contrarrazões apresentadas pela autora às fls. 1314-1329.

Em conformidade com o Provimento 1/2005 da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho e a teor do disposto no art. 45 do Regimento Interno deste Tribunal os presentes autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho.

II. FUNDAMENTAÇÃO

A primeira ré afirma que o recurso ordinário da autora é intempestivo, pois os segundos embargos de declaração não teriam sido conhecidos, e assim, não suspenderam o prazo para recorrer. Alega que a autora, se pretendesse o conhecimento dos embargos, deveria ter interposto o agravo de instrumento.

Destaca-se, primeiro, que não se trata de suspensão, mas de eventual interrupção do prazo para recorrer, em razão do ajuizamento dos embargos de declaração.

Verifica-se nos autos que as partes foram intimadas da decisão que resolveu os segundos embargos de declaração em 19 de novembro de 2013, conforme Certidão de Publicação de fl. 1253. Os dois embargos de declaração foram conhecidos e devidamente analisados pelo juiz de primeiro grau. A peça recursal da autora foi protocolada em 27 de novembro de 2013 (fl. 1286), e portanto, dentro do prazo recursal.

Afasta-se preliminar de intempestividade do recurso.

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHEÇO DOS RECURSOS**

ORDINÁRIOS interpostos. As contrarrazões foram regularmente apresentadas.

PRELIMINAR

RECURSO ORDINÁRIO DA AUTORA

Necessidade de anulação da decisão dos embargos de declaração

A autora requer que se declare a anulação da sentença que apreciou os embargos de declaração por ela apresentados e que se determine o retorno dos autos para complementação. Aduz que não houve análise e decisão sobre algumas provas, o que acarretaria o indeferimento de certos pedidos em segundo grau, em razão de supressão de instância. Afirma que a sentença foi omissa no que diz respeito ao formal conhecimento, pela ré, do seu estado gravídico e quanto à comprovação documental de trabalho às sextas-feiras e em período superior ao reconhecido nos meses de dezembro e de janeiro. Fundamenta o pedido de reforma nos artigos 93, X, da CF; artigo 883, da CLT e artigo 458, do CPC.

Com o devido respeito à autora, a alegação de que não houve apreciação de provas não ampara o pedido de decretação de nulidade da sentença, principalmente porque não se vislumbra prejuízo imediato. O conjunto probatório produzido nos autos pode e deve ser analisado no recurso em relação a cada pedido formulado, sem que implique supressão de instância. O recurso devolve ao Tribunal o exame das questões de fato e de direito ventiladas nos autos, o que impõe a necessidade de se reanalisar todas as provas produzidas. Assim se procederá no exame do mérito, em cada pedido formulado no recurso.

Observa-se, ainda, que houve pronunciamento do julgador de primeiro grau quanto ao formal conhecimento do estado gravídico da autora. O julgador destacou que é "irrelevante se a empregadora tinha conhecimento do referido estado gravídico, ante a Súmula n. 244, I, do TST." (fl. 1235). Houve pronunciamento, também, sobre o trabalho às sextas-feiras, nos seguintes termos (fl. 1211):

"[...] considerando a prova oral e documental produzida, o recesso judiciário, bem como o hábito da Justiça do Trabalho de não se realizarem audiências às sextas-feiras, convenço-me que:

- a Autora prestava serviços para as Rés de segunda a quinta-feira, de fevereiro a novembro de cada ano trabalhado;
- Autora laborou para as Rés apenas durante a primeira quinzena de dezembro e na segunda quinzena de janeiro de cada ano do contrato;
- a Autora cumpria horário, em média, das 9h30min às 11h30min e das 13h às 17h, de segunda a quinta-feira, para as Rés."

Se, eventualmente, houve erro de julgamento, a correção deve ocorrer pela via recursal própria, que é o recurso ordinário, sem que se cogite de modificação pela via dos embargos de declaração. Por outro lado, os argumentos formulados pela parte, em defesa ou no recurso, não obrigam necessariamente a que o Juiz os responda um a um. E, no tocante ao prequestionamento sobre o entendimento pacificado no item II (na realidade, os embargos indicaram o item "III" - fl. 1124) da Súmula 331 do TST ou, ainda, do disposto no art. 129 da Lei 11.196/2005, deve-se considerar que a oposição de embargos com tal propósito pressupõe a existência de omissão, que não houve na hipótese. Há que se respeitar os limites da admissibilidade dos embargos de declaração, pelos quais apenas se aplainam dificuldades e afastam-se óbices à boa compreensão e eficaz execução do julgado.

Por esses fundamentos, porque inexistente negativa de prestação jurisdicional ou ofensa aos artigos 93, IX, da CF/1988, e 832 da CLT, **rejeito** a prefacial de nulidade processual.

RECURSO ORDINÁRIO DA AUTORA

1. Horário de trabalho - horas extras e reflexos

A autora, às fls. 1289 e seguinte, insurge-se contra a sentença no que diz respeito ao horário de início fixado às jornadas, ao trabalho às sextas-feiras (inclusive no período da tarde) e a partir da segunda semana de janeiro e até a terceira semana de dezembro. Argumenta que apresentou ao Juízo de primeiro grau diversas provas documentais, que as ignorou ao proferir a sentença e que confirmam que ela trabalhava em horários mais elásticos do que os reconhecidos, inclusive com trabalhos em dias além daqueles declarados; que as provas de trabalho além do fixado na sentença estão nas notas fiscais de fls.

846-876, conforme demonstrativo apresentado às fls. 21-21; que os controles (ligações detalhadas) apresentados às fls. 364-376 comprovam trabalho em favor da ré nas sextas-feiras dos dias 8 e 15 de maio, 26 de junho, 28 de agosto, 11 e 18 de setembro, 23 de outubro, 6 e 10 de novembro, 4 e 11 de dezembro, todos de 2009, e 22 de janeiro de 2010; que os documentos de fls. 364-376 comprovam início dos trabalhos antes das 9h30min. nos dias 4 e 6 de maio, 10, 16 e 17 de junho, 27 e 29 de outubro, 3 de dezembro, todos de 2009; 11 e 22 de janeiro, 10 e 24 de fevereiro de 2010, e encerramento de trabalho após às 17h30min nos dias 4 de maio, 20 e 31 de agosto, 3 de setembro, 14, 19, 22 e 28 de outubro, 2 de dezembro, no ano de 2009, e 2, 3 e 10 de fevereiro de 2010; que os documentos comprovam a desatenção ao intervalo intrajornada mínimo, no ano de 2009, das 11h30min às 13h, nos dias 8, 13 e 14 de maio; 20 e 31 de agosto; 2, 9, 14 e 18 de setembro. 13 a 15 e 22 de outubro; 4, 5, 17, 23 e 26 de novembro; 3, 4 e 14 de dezembro; que no ano de 2010 os documentos comprovam labor em desrespeito ao intervalo nos dias 28 de janeiro, 2 e 18 de fevereiro; e que os documentos também confirmam que trabalhou além do termo final de cada ano e no termo inicial do ano seguinte, definidos na sentença. Pede o reexame das provas documentais e orais, a reforma dos horários fixados e o deferimento de horas extras e reflexos adequados ao novo provimento.

O julgador de primeiro grau, com base nos seguintes fundamentos, assim decidiu (fls. 1210/1211):

"[...]Quanto a jornada, importa salientar que é incontroverso que a Autora não laborava em regime de exclusividade para a primeira Ré (ex.: audiências de fls. 231, 256, 274).

Nesse sentido, portanto, conforme o art. 20 da Lei nº 8.906/94, a Autora fazia jus a jornada de 4 horas diárias e 20 horas semanais.

Observe-se, no entanto, que para nos termos do §1º do art. 20 da mencionada Lei, 'considera-se como período de trabalho o tempo em que o advogado estiver à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, no seu escritório ou em atividades externas, sendo-lhe reembolsadas as despesas feitas com transporte, hospedagem e alimentação'.

Efetivamente, a prova documental é farta no sentido de que, além do trabalho interno desempenhado pela Autora em prol das Rés, também realizava audiências, principalmente à tarde (ex.: fls. 233/255, 259/273).

Não é menos verdade, no entanto, que no período da tarde principalmente, a Autora realizava audiências de causas particulares, sem vinculação com as Rés (ex.: 231, 256, 274).

Têm-se, desse modo, duas certezas. A primeira é de que a Autora não trabalhava para as Rés apenas pela manhã. A segunda, de que a Autora não cumpria integralmente a jornada indicada na petição inicial em prol das Rés.

Assim, considerando a prova oral e documental produzida, o recesso judiciário, bem como o hábito da Justiça do Trabalho de não se realizarem audiências às sextas-feiras, convenço-me que:

- a Autora prestava serviços para as Rés de segunda a quinta-feira, de fevereiro a novembro de cada ano trabalhado;
- Autora laborou para as Rés apenas durante a primeira quinzena de dezembro e na segunda quinzena de janeiro de cada ano do contrato;
- a Autora cumpria horário, em média, das 9h30min às 11h30min e das 13h às 17h, de segunda a quinta-feira, para as Rés.

Rejeito a pretensão relativa a violação de intervalo, eis que em razão das causas próprias, o trabalho da Autora nos processos trabalhistas não beneficiava apenas as Rés. Assim, no cômputo da jornada acima fixada, já está considerado o tempo que a Autora despendia realizando audiências, conversando com clientes e testemunhas e consultando processos que não eram das Rés.

Em vista do exposto, acolho, em parte, a pretensão, para condenar as rés a pagar a Autora as horas extras laboradas depois da 4ª diária e 20 semanal, sem duplicidade.

Observe-se na base de cálculo o salário-dia de R\$ 150,00, que correspondente a salário-hora de R\$ 37,5 (150,00 divididos por 4). Adote-se o adicional de 100%, conforme § 2º do art. 20 do Estatuto da Advocacia.

Não há que se cogitar de divisor 100 ou 200, eis que o salário não era estipulado por mês.

Excluem-se do cômputo das horas extras os feriados, sendo que o Carnaval até a quarta-feira de cinzas e a Páscoa, desde a quarta-feira da correspondente semana.

Devidos reflexos em r.s.r. (domingos e feriados), e sem estes (OJ 394 da SDI-1 do TST), em férias acrescidas de 1/3 e 13º salário.

Nada há a ser deduzido."

Em contrarrazões, a ré refuta a pretensão da autora de reforma do julgado. Afirmar (fl. 1335):

"a reforma do julgado para majorar a jornada já fixada de trabalho seria premiar o locupletamento indevido, já que há prova robusta nos autos - TRAZIDAS PELA PRÓPRIA AUTORA - demonstrando que a mesma não estava à disposição da reclamada durante todo o período que aduzia na inicial.

Ainda, todas as testemunhas ouvidas em juízo afirmaram que a autora trabalhava no período da manhã. A única testemunha que afirmou o contrário presenciou tão somente o período referente a primeira contratação e portanto PRESCRITO, além disso referida testemunha procurava beneficiar a autora em seu depoimento, na medida que afirmou que a autora iniciava sua jornada às 07h30 quando a própria autora afirma na inicial que a sua jornada iniciava às 08h30, sendo assim referido depoimento é inservível como meio de prova, o que requer seja considerado por este tribunal. [...]"

Destaca-se, primeiro, que a valoração da prova é feita de acordo com o prudente arbítrio do juiz, que deverá lançar mão de todos

os elementos apresentados nos autos. Desde que motivada, a decisão judicial é proferida com independência jurídica, vale dizer, com livre convencimento. É o chamado princípio do livre convencimento motivado, em que a verdade surge em sua consciência a partir da valoração da prova e que exige, por influência do princípio da persuasão racional, que o juiz indique os motivos que influíram na formação de seu convencimento.

Na hipótese dos autos, a autora narrou na petição inicial (fls. 3-29) que trabalhou para as rés em três períodos: o primeiro entre 19 de maio de 2006 e 20 de julho de 2007; o segundo, entre 26 de maio de 2008 e 28 de fevereiro de 2009; e o terceiro, entre 19 de março de 2009 e 19 de março de 2010. Afirmou que na condição de empregada das rés estava sujeita a trabalho nas dependências da primeira ré ou em favor das rés, de segunda a sexta-feira, das 8h às 19h30min, com aproximadamente trinta ou quarenta minutos de intervalos intrajornada, além de serviços prestados em um ou dois finais de semana por mês. Invocou o disposto no Estatuto da Advocacia, pediu a condenação das rés ao pagamento, como horas extras, pelo trabalho prestado além da 4ª diária e da vigésima semanal, pela desatenção ao disposto no art. 384 da CLT e aos intervalos intrajornadas, com os reflexos inerentes, respeitados os parâmetros sugeridos (os pedidos sucessivos, formulados a partir da fl. 27, somente desafiariam análise se afastada a pretensão principal, motivo pelo qual, por ora, deixa-se de tecer maiores considerações a respeito).

As rés, de forma sucessiva às prejudiciais de mérito que apresentaram (prescrição, negativa de vínculo, entre outros, conforme defesa de fls. 721-754), a partir do item 11 da defesa de fl. 746 afirmaram que não houve excesso de trabalho diário ou semanal que exija contraprestação; que a autora não estaria sujeita a qualquer forma de controle de horário e estava na condição de "senhora de suas atividades e horários"; que se enquadrava como exercente de cargo de confiança, nos termos do art. 62, II, da CLT; que a autora nunca foi vista na sede da empresa "em finais de semana ou antes das 9h e após às 17h30, muito menos de forma diária", e sempre usufruiu intervalo

intrajornada superior a duas horas; que a própria autora trouxe aos autos atas de audiências em que teria atuado, não a partir de seus vínculos com a primeira, mas como profissional autônoma; que o horário de seus empregados era cumprido entre as 7h30min e 17h30min, de segunda a sexta-feira, com 1h12min de intervalo, com compensação do trabalho dos sábados, e se reconhecida a condição de empregada, seu horário não poderia ser definido como além daquele limite.

Em decisão anterior este Colegiado acolheu o pedido da autora de reconhecimento de vínculo de emprego entre as partes, sobre o que não cabe mais discussão neste grau de jurisdição. Reconhecido o vínculo, verifica-se que as rés são empresas de grande porte e contam com mais de dez empregados em seus quadros. Assim, cumpria a elas apresentar controles de horário da autora ou, de forma sucessiva, provar satisfatoriamente que ela se enquadrava na exceção prevista no art. 62, II, da CLT. Desse encargo não se desincumbiram, ao menos não na extensão vislumbrada pelo julgador na sentença. A análise que segue pontuará os aspectos em que, no entender deste Colegiado, o juízo de primeiro grau equivocou-se no exame dos fatos, do direito aplicável e das provas.

Inicia-se pelo possível enquadramento da autora na exceção prevista no art. 62, II, da CLT, norma restritiva de direitos e que, por assim se qualificar, enseja interpretação também restritiva e análise cuidadosa das provas.

Enquadram-se nesse dispositivo os detentores de cargo de confiança. Essa categoria de trabalhadores, a princípio, não faz jus à remuneração por trabalho extraordinário, porque, além de receber do empregador uma série de poderes capazes de lhe assegurar razoável autonomia, com a possibilidade, inclusive, de comprometer o empreendimento, não se sujeita à limitação, controle ou fiscalização de horário e recebe remuneração muito superior a dos demais empregados. O enquadramento do trabalhador no cargo de

confiança decorre de sua condição de um autêntico representante do empregador. Significa dizer que deve possuir poderes de representação, de comando e de decisão tão próximos aos do empregador que termine por se tornar um substituto dele na condução de assuntos de relevância da empresa. Esses aspectos integram o que a doutrina considera o elemento subjetivo do enquadramento.

A matéria adquire certa complexidade quando a análise envolve profissional altamente qualificado, como é a hipótese de advogado empregado. Neste aspecto, de acordo com o entendimento pacificado na jurisprudência, o simples fato de a relação de emprego ocorrer entre advogado e certa empresa ou escritório de advocacia não implica presumir que o trabalhador exerce cargo de confiança (como precedente indico o entendimento pacificado no item V da Súmula 102 do TST que, apesar de se referir a advogado de banco, sua razão de decidir é a mesma aplicável à hipótese em exame - "SÚMULA Nº 102. BANCÁRIO. CARGO DE CONFIANÇA... V - O advogado empregado de banco, pelo simples exercício da advocacia, não exerce cargo de confiança, não se enquadrando, portanto, na hipótese do § 2º do art. 224 da CLT.") para efeitos do art. 62, II, da CLT. Continua indispensável a prova de que, além dos poderes inerentes ao exercício da cláusula *ad extra judicial*, atue como representante do empregador ou clientes deste, que tenha poderes de representação, comando e decisão na administração do empreendimento, não bastando que atue como patrono do empregador em ações judiciais ou outras demandas.

Além do elemento subjetivo - grau de fidúcia do empregador - deve-se investigar a remuneração do empregado, que deve ser, em regra, destacada dos demais trabalhadores e que constitui o elemento objetivo do cargo de confiança. A conclusão, ao final, para autorizar o enquadramento, deve ser a de que o empregado tem uma posição elevada considerando a hierarquia da empresa, é responsável por setores vitais, tem especial fidúcia por parte do empregador e auferir remuneração de destaque.

Na hipótese dos autos, a autora exercia a função de advogada. Foi contratada para patrocinar interesses de clientes das rés e, nessa condição, não há provas ou evidências de que dispunha de fidúcia especial por parte do empregador. O que se extrai dos elementos dos autos é que possuía a confiança normal exigida de todo profissional especialista em determinada área do conhecimento humano. O fato de se tratar de profissional advogada, por mais amplos que sejam seus conhecimentos técnicos específicos, isoladamente, não lhe coloca na condição de exercente de elevado cargo para os fins do art. 62, II, da CLT.

Não se sustenta, também, a tese das rés de que a autora, por ser enquadrada no art. 62, II, da CLT, não se sujeitaria a carga horária definida, nem a controle e fiscalização de horários. Deve-se verificar como a relação de trabalho acontecia, na prática, pois o princípio da primazia da realidade sobre a forma, verdadeiro vetor do Direito do Trabalho, impõe que o magistrado investigue as condições fáticas impostas ao trabalhador, que podem não coincidir com os registros formais que documentam a relação contratual. Incumbia às rés comprovar que a autora executava suas atividades sem qualquer controle e fiscalização do tempo dispensado ao serviço contratado e que sua rotina de trabalho tornava incompatível à empregadora exercer esse controle, o que se aproximaria, inclusive, da hipótese prevista no art. 62, I da CLT. Com o devido respeito, essa prova não foi produzida.

Na esteira do entendimento pacificado na Súmula 338, I, do TST (SÚMULA Nº 338. JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA. I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.), também cumpria às rés comprovar o real horário cumprido pela autora. Era encargo das rés apresentar registros de

horários e desse encargo desincumbiram-se apenas em parte, e ainda assim, não com a extensão vislumbrada em sentença.

É verdade que a autora apresentou atas de audiências em que constou como patrocinadora de ações envolvendo outras partes que não as rés ou clientes da primeira ré. Esses documentos, todavia, provam apenas que nem todos os horários indicados na petição inicial foram disponibilizados ao atendimento às rés. Não provam os efetivos horários laborados, quando esteve realmente à disposição destas.

A autora apresentou diversas atas comprovando que esteve à disposição das rés em horários que ultrapassam àqueles fixados pelo Juízo de origem. A título de exemplo cita-se o documento de fls. 236-237, que confirma a atuação da autora como advogada das rés em audiência realizada além do horário reconhecido na sentença, no dia 3 de julho de 2008 (audiência iniciada às 17h, e encerrada às 17h19min da quinta-feira). O documento de fls. 264-273 também confirma que a autora patrocinou interesses das rés em audiência realizada no dia 21 de agosto de 2009, uma sexta-feira, quando esteve em sala de audiência entre as 10h48min e 14h04min., período ao longo do qual foram ouvidos o autor da ação, José Luiz Bello, o preposto da Brasil Harald S.A., as testemunhas Maria da Glória de Oliveira e Aparecida Aranda Schmidt, inquiridas a pedido da parte autora, e as testemunhas Daniel Mateus Ferreira e José Rogério Simões Mendes, ouvidas a pedido da titular do polo passivo da ação. A autora apresentou outro termo de audiência para comprovar que patrocinou audiência em favor da Brasilsat, realizada em sexta-feira. Trata-se do documento de fl. 278, que consiste em termo de audiência ocorrida em 16 de outubro de 2009, uma sexta-feira, quando esteve em sala de audiência entre as 10h35min e as 10h46min.

Diante das provas documentais, é inafastável a conclusão de que trabalhou em algumas sextas-feiras, quando houve, inclusive, desatenção ao tempo de intervalo intrajornada mínimo assegurado em lei.

Verifica-se nos autos cópia de termo que demonstra ter a autora patrocinado audiência, em favor das rés, durante a primeira quinzena de janeiro de 2010, mais precisamente no dia 14 de janeiro daquele ano, quando participou de audiência realizada entre as 13h15min e 13h39min (fl. 283).

Documentos expedidos pela BrasilSat Harald S.A., em que consta exigência para que a autora detalhasse ligações telefônicas feitas por ela durante o horário de trabalho (fls. 364 e seguintes) também indicam que a jornada era plenamente passível de controle e que havia labor extraordinário. Os documentos indicam ligações feitas pela autora em dias de sábado (por exemplo, 15 de maio de 2009), em diversas sextas-feiras, muitas das quais além do horário fixado na sentença, e em períodos que ultrapassaram a primeira quinzena de dezembro de cada ano ou antecederam a segunda quinzena de janeiro. Toma-se como exemplo o documento de fls. 379, que indica que a autora fez ligações telefônicas no dia 23 de outubro de 2009, uma sexta-feira, às 9h10min e às 11h11min, e diversas ligações após às 17h nos dias 7 (17h22min), 14 (entre 17h38min e 17h42min15s); 22 (às 17h15min), e 28 de outubro (das 17h20min às 17h52min). Os documentos de fl. 372-375 registram ligações telefônicas feitas pela autora, da sede da primeira ré, entre os dias 15 e 21 de dezembro de 2009 e entre o dia 11 de janeiro e 18 de janeiro de 2010.

Por esses documentos é possível confirmar excessos de jornada além dos reconhecidos na sentença, e inclusive, que trabalhou pelo menos até o dia 21 de dezembro e retornou ao trabalho antes do início da segunda quinzena de janeiro.

Fazem parte desse conjunto probatório cópias de correspondências eletrônicas enviadas à autora e recebidas fora dos horários, dias e períodos fixados na sentença (*v.g.*, os documentos de fls. 381 e 427 indicam que houve endereçamento de e-mail à autora no dia 22 de junho de 2007 e 13 de março de 2009, ambas sextas-feiras, a última com troca de e-mail às 18h13min; o de fl. 386 prova troca de correspondências no dia 20 de dezembro de 2006, segunda quinzena de dezembro daquele ano;

o de fl. 389 evidencia que trabalhou na sexta-feira do dia 2 de março de 2007 e, o documento de fl. 455, trabalho no sábado do dia 11 de julho de 2009; os e-mails de fls. 394-395 provam que a autora trocou correspondências com Irineu Pereira, seu colega de trabalho, entre às 15h28min e as 18h12min do dia 6 de março de 2007, terça-feira; o documento de fl. 396, que a autora abriu e-mail às 18h16min do dia 27 de março de 2007 e, os documentos de fls. 414-415 e 420, serviços após as 17h nos dias 3, 10 e 17 de fevereiro de 2009; há diversos documentos a partir das fls. 399 que comprovam que a autora trocava e-mails durante o horário do almoço ou em sábados - fl. 409; os documentos de fls. 410 e 411 provam que a autora estava trabalhando na primeira quinzena de janeiro de 2009, quando trocou correspondências com subordinado da BrasilSat nos dias 12 e 25; os documentos de fls. 429-430, 433-435 e 440 provam troca de correspondências entre a autora e preposta da BrasilSat entre às 21h27min e 22h43min do dia 16 de março de 2009, uma segunda-feira, e antes das 8h e após as 17h nos dias 19 de março e entre 1º, 3 e 7 de abril do mesmo ano; o documento de fl. 431 indica trabalho no dia 17 de março de 2009, às 19h24min, e os documentos de fl. 433 e 443 que estava trabalhando às 20h05min do dia 19 de março daquele ano e às 18h51min do dia 23 daquele mês). Todos esses documentos, além dos de fls. 444, 445, 446, 448, 453, 455, 456, 457, 458, 459, 461, 464, 465, 466, 467, 468, 477, 478, 479, 480, 481, 482 e seguintes, indicam que a autora trabalhavam além dos horários, dias e períodos reconhecidos pelo juízo de primeiro grau e em violação ao intervalo intrajornada mínimo. Comprovantes de pagamentos de DARF efetuados em períodos extras, além daqueles indicados na sentença, a exemplo do documento de fl. 574, autenticado às 10h03min22s do dia 13 de janeiro de 2010, confirmam a tese de que há horas extras que não foram reconhecidas pelas rés e não foram pagas.

Não bastasse o vasto conjunto da prova documental, foram colhidos depoimentos de testemunhas em audiência, registrados em mídia audiovisual, que se passa a analisar a partir do termo de audiência de fls. 952.

A primeira testemunha inquirida a pedido da autora, Valdir Berganton, declarou que trabalhava para as rés em toda a área física do empreendimento, inclusive em área contígua à dela, das 7h30min até em torno

das 17h30min; que a autora tinha o mesmo horário, igual "a todos os terceiros" (em item antecedente do depoimento afirmou que era prática da empresa exigir que trabalhadores constituíssem firma individual), pois a via no local de trabalho próximo do horário de entrada e ao final de sua jornada de trabalho; confirmou a ocorrência de sistema de controle de telefonemas de cada trabalhador, em que há indicação, pela empresa, dos horários em que foram efetuadas as ligações telefônicas e campo para justificarem as razões do emprego do sistema naquele horário; e que para ingressarem na empresa deveriam passar o crachá no sistema situado na portaria.

Corine Weigang de Campos manifestou-se contrária a sua inquirição como testemunha e invocou o disposto no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. A exceção foi acolhida pela magistrada que presidiu a audiência e a testemunha foi dispensada.

A testemunha Rosa do Pilar Santana declarou desconhecer se a autora tinha ou não horário determinado. Perguntada, esclareceu que "não sabe dizer ao certo" o horário cumprido pela autora.

A testemunha Gisela Cristiana Buck Collere, ouvida a pedido da ré, afirmou que foi contratada para trabalhar das 8h às 12h, mas que às vezes comparecia ao escritório no período da tarde, em torno de três vezes por semana; que a autora comparecia ao escritório de três a quatro vezes por semana, em regra no período da manhã, mas às vezes também à tarde, quando havia alguma solicitação, consultoria ou reuniões; e que chegava a encontrá-la na empresa no período da tarde.

A última testemunha inquirida a pedido das rés, Rene Deomar Lemos Silvério, afirmou que não tinha horário fixo de trabalho; que não havia controle de horário, mas a autora comparecia entre três e quatro vezes por semana, normalmente no período da manhã. Afirmou que não havia expediente entre a última quinzena do ano e a primeira do ano seguinte; que não havia controle de ponto, mas era feita identificação na portaria da

empresa por meio de crachá; que chegou a procurar a autora, sem encontrá-la; e que a autora participava de audiências.

Os depoimentos, como se observa, não foram muito esclarecedores da real situação da autora, salvo quanto ao fato de haver sistemas de controle de entrada na portaria da empresa, de ligações telefônicas realizadas individualmente pelos trabalhadores, inclusive com o apontamento do horário em que foram realizados os contatos e quanto à participação da autora em audiência, ou seja, na realização de serviços externos às rés. Houve confirmação, por outro lado, de que a autora comparecia ordinariamente na ré entre três e quatro vezes por semana, além de participar de reuniões, atender convocações e prestar consultoria.

Como se mencionou, a autora apresentou diversos documentos destinados a comprovar que trabalhava em horários muito mais elásticos do que os fixados na sentença, inclusive com serviços iniciados antes do próprio horário indicado na petição inicial; em horários que, em regra, seriam destinados a refeições e repousos; prestados ao longo do período que a última testemunha descreveu como sendo de "recesso"; e em finais de semana, sextas-feiras e muito além das 17h30min do dia. As testemunhas, ao confirmarem que a autora atuava em audiências externas e que havia sistema de controle de ligações, terminaram por ratificar os dados indicados nesses documentos, todos apresentados com a petição inicial.

Pondera-se, por fim, que embora as notas fiscais de fls. 594/635 não indiquem dias ou horários de trabalhos, considerando que o ônus da prova era das rés, que dispunham de meios de controle de horário na portaria da empresa, o que seria feito, por exemplo, a partir de relatório de ingressos e saídas, e considerando o conjunto probatório analisado, concluo pela necessidade de reforma da sentença. Deve-se reconhecer a prestação de outras horas extras além daquelas fixadas na sentença, ainda que não na extensão

pretendida na petição inicial, pois se verificou que a autora também atendia alguns clientes particulares, ainda que em número mínimo.

Ponderados os diversos elementos de provas e os ônus que recaíram sobre as partes e considerando que não há registro nos autos de ligações telefônicas efetuadas, atos ou audiências patrocinadas pela autora entre o dia 22 de dezembro de cada ano e o final da primeira semana do ano seguinte, fixa-se o horário de trabalho da autora da seguinte forma: a) de segunda a sexta-feira, das 8h às 19h30min, com quarenta minutos de intervalo intrajornada, salvo em duas sextas-feiras mensais (arbitra-se como sendo a primeira e a terceira de cada mês), quando atendia clientes particulares, bem assim, os dias em que atuou efetivamente como advogada de clientes próprios (a apuração desses dias ocorrerá a partir dos documentos trazidos aos autos pela própria trabalhadora); b) trabalho em um sábado mensal, no mesmo horário (o critério é resultante da avaliação dos documentos trazidos com a petição inicial); c) definição do período de recesso como sendo entre o dia 22 de dezembro de cada ano e o dia seis do mês de janeiro do ano seguinte, quando finda o recesso da Justiça do Trabalho.

2. Remuneração - período de estabilidade gestante

Em face da reforma parcial quanto ao horário de trabalho da autora e do reconhecimento de que trabalhava em parte das sextas-feiras do mês, salvo duas mensais, **acolhe-se parcialmente** o pedido para deferir diferenças de remuneração do período de estabilidade, de acordo com o artigo 72, da Lei 8.213/1991, em conjunto com os artigos 392 e 393, da CLT.

Acolhe-se, nesses termos.

3. FGTS - depósitos

A autora alega que os depósitos do FGTS devem levar em consideração o conjunto remuneratório a que teria direito e não apenas o que comprovadamente recebeu.

O juízo de primeiro grau, na sentença, a respeito dos depósitos do FGTS assim se pronunciou (fl. 1214):

" Nos termos do art. 15 da Lei nº 8.036/90, faz jus a Autora ao FGTS de 8% que deverá incidir sobre a remuneração da Autora paga ao longo do contrato de trabalho havido de 26/05/2008 a 19/03/2010.

O FGTS incidirá também sobre o 13º salário deferido no tópico anterior.

Observem-se os valores comprovadamente recebidos pela Autora, conforme prova documental nos autos."

O art. 15 da Lei 8.036/1990, que trata do FGTS, assim estabelece:

Art. 15. Para os fins previstos nesta Lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia sete de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a oito por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os artigos 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei n.º 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei n.º 4.749, de 12 de agosto de 1965. (grifo nosso).

A literalidade do texto legal não deixa dúvida que deve ser considerada, para fins de cálculo dos depósitos fundiários devidos, a integralidade da remuneração devida ao trabalhador, paga ou reconhecida em juízo. Na sentença o julgador limitou a obrigação da ré à remuneração paga no curso do contrato.

Reforma-se a sentença para que, quanto ao FGTS, seja observada a remuneração devida à autora, paga ou assegurada em juízo.

4. Dano moral

a) Dispensa discriminatória - estado gravídico

A autora pretende a reforma da sentença quanto ao pedido de condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais. Afirma que foi obrigada a faltar com a verdade em declaração emitida por escritura pública para receber os seus haveres, e que foi dispensada durante o período de gravidez, de forma discriminatória.

O pedido foi rejeitado pelo Juízo de primeiro grau, que apresentou os seguintes fundamentos (fls. 1216/1217):

Alega a Reclamante que sofreu dor e humilhação por ter sido dispensada enquanto estava grávida e também porque era obrigada a mentir em mais de uma oportunidade para receber o que era devido por lei.

A testemunha Gisela, indicada pela Rés, disse que não ficou sabendo de desentendimentos da Autora com colegas ou com o representante das Rés. Disse que a Autora foi dispensada em razão da diminuição do trabalho nas Rés.

As demais testemunhas nada esclareceram.

Os bilhetes de fls. 223 e seguintes em nada comprovam violação de direito de personalidade da Autora.

Data venia, não me parece tenha havido violação a direito de personalidade da Autora.

Note-se que parece bastante razoável - pelas datas da concepção do filho da Autora e da rescisão contratual - que sequer a Autora soubesse que estava grávida quando da dispensa.

Saliente-se que pela prova oral, a dispensa da Autora decorreu de redução do trabalho na área jurídica (primeira testemunha indicada pela Ré), e não era de conhecimento dos colegas o estado gravídico da Autora.

Por outro lado, tratando de profissional liberal - advogada -, que não prestava serviços com exclusividade para as Rés - sequer comparecia todos os dias úteis da semana para trabalhar na sede das Rés -, não me parece que a forma de contratação da Autora implica violação de direito de personalidade ou direito existencial da Autora.

Não me parece que se possa presumir dano moral ou humilhação da Autora.

Ressalto que a Autora é pessoa suficiente esclarecida e profissional do Direito, em especial do Direito do Trabalho, de modo que não me parece que tenha sido iludida ou ludibriada com a proposta de trabalho apresentada pelas Rés, ou que essa forma de trabalho lhe impusesse humilhação.

Não me parece, por fim, se possa comparar o fato comprovando nos presentes autos com o da RT 24837/2007. Naquele processo, pelo que se infere da sentença "Em audiência restou confirmada a tese obreira quanto ao tratamento desrespeitoso e ofensivo da Ré à dignidade da reclamante...".

No presente processo, sequer há certeza se as Rés tinham conhecimento sobre o estado gravídico da Autora quando da dispensa. Rejeito.

A autora alega que o juízo de primeiro grau deixou de apreciar os documentos de fls. 403 (e-mail, informando sobre problemas para acessar página e acerca do exame de gravidez) e 286 (comunicado de encerramento de contrato de prestação de serviços com a empresa Hammerle & Avelar LTDA.). Reitera que a sentença deve ser anulada e afirma que ficou comprovado por documento (fls. 583/585 - instrumento de transação de quitação) que foi obrigada a faltar com a verdade para receber verbas de natureza trabalhista, o que ocorreu por meio de escritura pública.

Na petição inicial a autora postulou o pagamento de indenização por dano moral em razão "de assédio e pela humilhação sofrida ao

longo de todo o período laboral para obtenção dos mais basilares haveres trabalhistas (o que inclui "mentir, mediante coação", até mesmo redução a termo em escrituras públicas), mas em especial pela notícia de demissão na mesma data em que anunciada a gravidez, portanto com viés desestimulador - inclusive - e no importe de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), ou, sucessivamente, de outro valor entendido no caso em comento e tendo por parâmetro, quiçá, o já decidido nas RT's 24837-2007-028-09-00-5 e 25466-2009-10-09-00-0." (fls. 16 e 45). Afirmou que foi compelida a assinar escritura pública de transação, sob pena de não receber os haveres que lhe eram devidos.

As rés, na contestação, alegaram que a autora jamais foi obrigada a constituir empresa e muito menos mentir perante terceiros. Afirmaram que a autora, como profissional advogada, era conhecedora de seus direitos e obrigações e "certamente tinha plena consciência do que estava fazendo e assinando." (fl. 760); e que "a comunicação do encerramento do contrato de prestação de serviços ocorreu ANTES da autora ter comunicado seu estado gravídico e mesmo depois de saber de tal fato, quando a empresa da reclamante estava no cumprimento do aviso prévio contratual, a reclamada resolveu rever a rescisão e propôs à autora retomar normalmente as atividades de sua empresa, o que não foi aceito por ela, não havendo portanto que se falar em dano moral decorrente de dispensa em período gestacional." (fl. 761).

O aspecto relativo à gravidez da autora foi objeto de prova testemunhal. A testemunha indicada pela autora, Rosa, afirmou que não sabia da gravidez, pois não a viu mais. A testemunha das rés, Gisele, afirmou que não ficou sabendo sobre a ocorrência de brigas com o senhor Daniel (diretor administrativo) e com a senhora Juliana (prestadora de serviço) e que a dispensa da autora ocorreu em 2007 e em 2010 se deu em razão da baixa demanda de serviço na área trabalhista. A testemunha Rene, também indicada pelas rés, afirmou não saber o porquê da autora ter saído da empresa.

Como se verifica, as testemunhas ouvidas não relataram prática de conduta ilícita por parte da empregadora, no que se refere a possível dispensa discriminatória em razão de gravidez. É verdade que o desconhecimento da gravidez da trabalhadora, pelo empregador, é irrelevante quando se trata de assegurar garantia de emprego, pois a responsabilidade, nesta hipótese, é objetiva, como já definiu o Supremo Tribunal Federal. Esse entendimento tem sido considerado para definir eventual nulidade da despedida e o direito da trabalhadora à estabilidade no emprego. Quando se trata de averiguar possível dispensa discriminatória, o conhecimento da gravidez se revela fundamental e a análise da situação concreta deve considerar vários elementos, inclusive a possível inversão do ônus da prova.

Na hipótese dos autos, não obstante o desconhecimento do fato pelas testemunhas, a autora provou por documentos que informou o preposto da empregadora que efetuou exame de gravidez e o laudo resultou positivo. Nesse sentido, o documento de fl. 403 apresenta o seguinte teor:

(...) De: Bianca Avelar

Para: mferreira.consultoria@brasilsat.com.br

Enviado em: quarta-feira, 3 de março de 2010 09:05

Assunto: Informações.

DMF, (...)

2) Há alguns dias estou pra conversar com você sobre isso, mas semana passada fiz um exame de gravidez e deu positivo e por isso vou precisar me ausentar em alguma(s) oportunidades, para ir ao médico e realizar exames, enfim, dar andamento no pré-natal. Att.(...)

Confronto do documento de fls. 403, com o de fls. 286, indica que a denúncia do contrato por parte da empregadora ocorreu na mesma data (3 de março de 2010) em que a autora comunicou-lhe o seu estado gravídico. Torna-se evidente que a dissolução ocorreu em razão da gravidez, assim que a empregadora tomou conhecimento do fato. As razões apresentadas na defesa e declaradas pela testemunha Gisele - de que havia baixa demanda de serviço na área trabalhistas - são frágeis, até porque incumbia à ré

apresentar provas concretas dessa redução de demanda. Por não apresentar provas mais conclusivas, deve-se presumir que a despedida foi em razão da gravidez, o que constitui ato de discriminação e uma das formas de despedida abusiva da trabalhadora. O ato de despedida foi ilícito e, dessa forma, apto a gerar dano moral passível de indenização. Os documentos indicam, também, que a formalização do documento de fls. 583-585 não decorreu de livre manifestação de vontade da autora. O ato não encontra justificativa razoável, especialmente se considerado que ela se encontrava em período para o qual a lei assegura o direito indeclinável de permanecer no emprego. Questionada a validade do ato e considerando a garantia de emprego, bem como a ausência de provas de que houve livre manifestação de vontade da autora, impõe-se reconhecer a sua invalidade e, por consequência, sua ilicitude.

As irregularidades praticadas pela empregadora, pelo potencial que tiveram de atingir direitos de personalidade da autora, ensejam o reconhecimento da ocorrência de danos morais, passíveis de indenização. Para os danos morais não se exige a produção de provas nos mesmos moldes que, em regra, se exige para os danos materiais. Em muitas situações bastam as presunções *hominis*, ou presunções simples, que se formam na consciência do juiz a partir dos fatos ocorridos. Tratam-se das consequências que o juiz, como ser humano criterioso, atendendo ao que ordinariamente acontece, extrai dos fatos da causa. Em outras palavras, para os danos morais o que se provam são os fatos com o potencial de acarretar danos a direitos extrapatrimoniais e não propriamente estes, pois eles decorrem da percepção do que ordinariamente acontece. Na hipótese, não se pode colocar em dúvida que a despedida abrupta da trabalhadora em período de gravidez, independente de sua condição intelectual e até mesmo social, e a imposição a que se formalize a ruptura contratual em instrumento de aparente validade, como condição para o recebimento de valores decorrentes do contrato tem o potencial de provocar sentimentos de angústia, insegurança, medo e até humilhação, que afetam o patrimônio imaterial e ensejam reparação.

Defere-se, portanto, indenização por danos morais. A grande dificuldade é, sem dúvida, a avaliação, o que leva a doutrina a aconselhar que a valoração indenizatória adote cautela e bom senso e se pautar por regras de lealdade e razoabilidade (VEIGA JUNIOR, Celso Leal da. A Competência da Justiça do Trabalho e os Danos Morais. São Paulo: LTr, 2000. p. 69). O valor pretendido pela parte ou aquele que venha a ser arbitrado, em Juízo, deve considerar variados aspectos, notadamente a condição social e financeira dos envolvidos, sem menosprezar a gravidade do dano e a intenção do causador.

Ainda que se admita a extrema dificuldade em valorar economicamente o dano moral ou a dor causada à vítima, deve-se considerar que a indenização é apenas uma forma de compensá-la pela ofensa sofrida, de modo que, mesmo na impossibilidade de reparar integralmente o dano, ao menos se proporcione recompensa capaz de atenuá-lo. Na situação dos autos, considerando a gravidade dos fatos constatados, que envolvem despedida discriminatória e invalidade de declaração por vício de consentimento, as consequências na sua vida pessoal, familiar e profissional, o padrão remuneratório da autora e a condição socio-econômica das rés, considero razoável fixar o valor da indenização em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Provejo parcialmente para **condenar** as rés ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com juros de mora e correção monetária nos termos da Súmula 439 do TST.

b) Constituição de empresa para fraudar os direitos da autora

A alegação de que houve imposição das rés a que a autora constituísse empresa, como condição para prestar seu trabalho, foi objeto da prova testemunhal.

A primeira testemunha indicada pela autora, Valdir, afirmou que também precisou constituir uma empresa para prestar serviço

exclusivamente à ré. A testemunha ouvida a convite das rés, Gisele, confirmou que a autora trabalhava nas dependências da empregadora e a testemunha Rene mencionou que a autora tinha ramal com o seu nome e, se não a encontrasse, a procuraria depois. Observa-se, ainda, que no acórdão em que se apreciou o vínculo de emprego a então Desembargadora relatora, Ana Carolina Zaina, destacou pontos relevantes acerca da subordinação da autora às rés (fl. 1182/1183):

"[...] Por outro lado, embora a primeira testemunha convidada pelas rés tenha afirmado que não existia subordinação ou hierarquia entre os advogados e que era apenas uma opção da autora submeter suas peças processuais à revisão de outro advogado, os documentos que instruíram a exordial demonstram que as petições eram constantemente revisadas e que o Sr. Daniel repassava ordens à autora por meio de bilhetes, reconhecidos pela primeira testemunha de indicação obreira, com as iniciais "DMF". A autora, como todos os "prestadores" (primeira testemunha trazida pela ré confirmou) era tratada pelas iniciais "BHA".

Nesse sentido, destaco os documentos de fls. 224-230 e 380-508, nos quais constam comandos dirigidos à autora, inclusive alterações ou acréscimos em peças processuais e até mesmo a tese jurídica que deveria ser seguida.

Assim, chamam a atenção do julgador os seguintes e-mails: fl. 383 (ordem do Dr. Irineu para que a autora apresente recurso e tome as providências cabíveis em determinados autos); fl. 384 (revisão pelo Dr. Irineu de embargos elaborados pela autora); fl. 398 (convocação da autora para treinamento do sistema CPJ - Controle de Processos Jurídicos); fl. 445 (o Dr. Irineu orienta que a contraminuta do agravo de instrumento deve ser endereçada ao Desembargador Relator; que não cabe agravo de instrumento, mas sim retido; e que devem ser acrescidos pedidos no requerimento final); fl. 446 (revisão de notificação elaborada pela autora e também com sugestões de acréscimos pelo Dr. Irineu); fl. 451 (revisão de minuta de acordo e ordem de alterações pela Dra. Juliana); fl. 453 (e-mail encaminhado pela Dra. Juliana, com cópia para o Dr. Daniel, determinando quais perguntas deveriam ser feitas pela autora às testemunhas em audiência). Esses documentos dão conta, ainda, que havia ingerência no trabalho prestado pela autora pelo Dr. Daniel, pela Dra. Juliana e pelo Dr. Irineu. Daí se extrai que as rés não somente remuneravam o trabalho prestado pela autora como também exerciam verdadeira ingerência nas suas atividades. Além disso, é importante destacar que as mencionadas correspondências eletrônicas foram enviadas e recebidas no e-mail corporativo da autora - bha.juridico@brasilsat.com.br - e que a assinatura e identificação constantes nos e-mails da autora fazem referência ao "Jurídico Trabalhista - Brasilsat" - o que também reforça a tese inicial de que a autora não era advogada autônoma.

Diante desses elementos de prova, entendo caracterizada a subordinação."

Verifica-se da transcrição que as rés exerciam forte ingerência sobre o trabalho realizado pela autora, o que afasta a ideia de autonomia de um autêntico prestador de serviço. O instrumento de transação de quitação (fls. 583/585) demonstra a preocupação da primeira ré em assegurar à relação a aparência de prestação de serviços, o que culminou por burlar a legislação trabalhista, como se nota nos itens 4º e 5º:

"4ª) que as partes ora contratantes, declaram e ratificam como lícita e convergente as manifestações de vontade para a pactuação avençada, reconhecendo a inexistência de elementos que possam transmutar a natureza do vínculo;

5ª) Que a contratada declara que prestou à contratante serviços de natureza exclusivamente intelectual durante toda a relação contratual, conforme a regra do Artigo 129 da Lei 11.196/05 6º) [...]"

Extrai-se da prova que houve determinação da primeira ré para que a autora constituísse empresa, como condição para lhe prestar serviços. Tal ato caracteriza imposição indevida, além de inegáveis prejuízos de ordem jurídico-econômica à relação que deveria ter ocorrido com vínculo de emprego e, por consequência, insegurança na relação e gravames desnecessários, capazes de atentar contra direitos de personalidade da autora.

Por essas considerações, entendo que a prática da ré também foi capaz de gerar danos morais, que devem ser indenizados.

O dever de reparação do dano perante o direito privado nasce de um ato ilícito, aquele em que o agente contravém os ditames da ordem jurídica, ofende direito alheio e causa lesão a seu titular. A delimitação e os efeitos da responsabilidade civil, nesses casos, encontram regulamentação básica no Código Civil, a iniciar pelo art. 186, que dispõe:

Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Em hipóteses como a dos autos, a conclusão de que houve dano moral está vinculada à constatação de que a empregadora provocou prejuízos no que diz respeito a honra, dignidade, equilíbrio emocional e outros direitos de personalidade. Como se mencionou, para o dano moral não se exige atividade probatória semelhante à que se utiliza para o dano material ou patrimonial. A dispensa da prova de prejuízo já inspirou julgado do Superior Tribunal de Justiça, a que faz menção a seguinte ementa:

DANO MORAL - LISTA NEGRA - ELABORAÇÃO E DIVULGAÇÃO - PROVA DO PREJUÍZO - DESNECESSIDADE - 1. A elaboração e divulgação de "lista negra" relacionando trabalhadores que ajuizaram ação trabalhista e recomendando a não contratação dos mesmos é conduta gravíssima, que atenta contra a ordem constitucional, afronta o poder judiciário e desconsidera a dignidade humana. 2. Os trabalhadores relacionados na referida lista fazem jus à indenização por dano moral, ainda que tenham conseguido colocação no mercado de trabalho e

não tenham provado prejuízo material. 3. "na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto, ao contrário do que se dá quanto ao dano material.""(STJ, 4ª turma, RE 2003/0101743-2 - Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha). 4. Decisão por maioria. (TRT 24ª R. - RO 1671/2003-2-24-0-0 - Rel. Juiz Marcio Vasques Thibau de Almeida - J. 26.05.2004)

Não obstante a dificuldade em avaliar o dano moral, com base em critérios de razoabilidade, cautela e bom senso (VEIGA JUNIOR, Celso Leal da. A Competência da Justiça do Trabalho e os Danos Morais. São Paulo: LTr, 2000, p. 69), e considerando a condição social e financeira dos envolvidos, sem menosprezar a gravidade do dano e a intenção do causador, deve-se propiciar compensação à vítima, sem afetar em demasia o ofensor (REIS DE PAULA, Carlos Alberto. Do inadimplemento das obrigações. In: O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003, p. 360-378). Deve-se considerar que a indenização é apenas uma forma de compensar a vítima pela ofensa sofrida, de modo que, mesmo na impossibilidade de reparar integralmente o dano, ao menos se proporcione recompensa capaz de atenuá-lo.

A complexidade do assunto foi analisada com fundamentos primorosos, pelo TRT de Minas Gerais, em julgado de que se destaca o seguinte trecho:

A violação dos direitos da personalidade não pode ser plenamente reparada, pois o direito não tem o poder de reverter o tempo para impedir os efeitos da lesão consumada. No direito positivo, não há consequência legal capaz de evitar ou anular os efeitos da dor moral sofrida pela injustiça cometida. A dor da injustiça não tem reparação, o desespero sofrido pela empregada com a situação de desemprego não pode ser anulado e a angústia experimentada frente à incerteza do futuro, gerada pela imagem injustamente denegrida, não pode ser apagada. Entretanto, embora não tenha o poder de recompor o status quo ante a lesão, porque não pode alterar o tempo e reverter o que ficou definitiva e indelevelmente marcado e inscrito no passado, o direito contém medidas capazes de reparar os efeitos materiais do dano moral suportado pela reclamante e de fazer cessar a violência cometida contra seus direitos. (TRT 3ª Região, 1ª Turma, RO 02770-2000 - Publ. 15/09/2000, Relatora Juíza Maria Lúcia Cardoso de Magalhães)

Na situação dos autos, a natureza do dano e os demais elementos levados em consideração autorizam reconhecer como razoável o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). A gravidade dos fatos constatados, a condição social e financeira da empregadora, proporcionalmente inversa à da autora, são fatores suficientes para legitimar o valor da condenação.

Por fim, destaca-se na hipótese dos autos a reiteração da conduta patronal na prática de atos causadores de danos morais (dispensa discriminatória em razão do estado gravídico da autora e a constituição de empresa para fraudar seus direitos trabalhistas) que deve ser levada em consideração na fixação do *quantum* indenizatório. Além do que, o arbitramento de valor mais significativo é medida pedagógica capaz de desencorajar e coibir a reiteração das condutas ilícitas por parte das rés, seus prepostos ou agentes.

Reformo para reconhecer a ocorrência de danos morais e condenar as rés ao pagamento de duas indenizações, cada uma no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com juros de mora e correção monetária nos termos da Súmula 439 do TST.

5. Honorários de sucumbência - Justiça Gratuita

A autora não se conforma com a rejeição do pedido de honorários de advogado. Afirma que é beneficiária da justiça gratuita, o que, por si, ampararia o pedido.

A concessão de honorários de advogado, na Justiça do Trabalho, não decorre de aplicação do princípio da sucumbência, nos moldes do processo civil (art. 20, § 3º, do CPC), ou do princípio da restituição integral (arts. 389, 395 e 404, do CC), tampouco do art. 133 da CF (Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei), pois entende-se que não foram modificadas as normas específicas a respeito da matéria. O art. 133 da CF, ao prever que o advogado é indispensável à administração da Justiça, ressalva expressamente a aplicabilidade das leis vigentes. Assim, aplica-se o art. 791 da CLT (Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final), que assegura às partes o *jus postulandi*, e as Leis 1.060/1950, 5.584/1970 e 7.115/1983, que concretizam o comando constitucional do art. 5º, LXXIV (LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos).

No entender desta Relatora, a concessão dos honorários de advogado é possível em face de declaração da parte de que não pode demandar sem prejuízo do sustento próprio ou da família, o que configura o requisito legal para concessão do benefício, nos termos do art. 790 da CLT e da Lei 7.510/1986, que alterou a Lei 1.060/1950.

Esse entendimento, todavia, restou vencido pela maioria dos membros desta Turma que, na esteira das Súmulas 219, I, e 329 do TST, exige também a assistência sindical para a concessão de honorários advocatícios:

SUM-219 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

SUM-329 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988

Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

Na hipótese, a autora não se encontra assistida pelo sindicato da categoria (fl. 637), o que torna indevido o pagamento de honorários. **Mantenho.**

RECURSO ORDINÁRIO DA PRIMEIRA RÉ

1. Vínculo empregatício

A primeira ré alega, em suma, que o reconhecimento do vínculo empregatício deve ser afastado, pois teria havido contradição com a prova carreada nos autos (contrato de prestação de serviços, notas fiscais e termo de transação realizado em cartório). Aduz que a transação feita em cartório é prova suficiente da inexistência de vínculo empregatício entre as partes e que não houve nenhum vício na celebração do negócio jurídico. Requer a reforma da sentença, para que se reconheça a improcedência do pedido.

Destaca-se, primeiro, que o vínculo empregatício entre as partes foi reconhecido por este Tribunal em julgamento de recurso ordinário anterior, em acórdão de lavra da Desembargadora Ana Carolina Zaina,

que determinou o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para apreciação dos demais pedidos, nos seguintes termos (fl. 1186):

"[...] reformo a r. sentença para reconhecer a existência de vínculo de emprego entre a autora e a primeira ré (BRASILSAT HARALD S.A.) nos períodos de 18 de maio de 2006 a 20 de julho de 2007 e de 26 de maio de 2008 a 19 de março de 2010, na função de advogada; determinar a anotação em CTPS dos dois períodos trabalhados; e determinar o retorno dos autos à origem para o julgamento dos demais pedidos decorrentes da relação de emprego imprescrita como entender de direito."

A decisão anteriormente proferida não pode ser revista por este Colegiado, por lhe faltar competência funcional. Eventual questionamento só poderia ocorrer pela via recursal própria, à instância superior, e observados os limites de interposição do recurso de revista. De qualquer forma, recai sobre a decisão contida no acórdão coisa julgada formal. Houve trânsito em julgado nesta instância, conforme a certidão de fl. 1198, o que afasta as insurgências da ré relacionadas com o vínculo de emprego. **Nada a deferir.**

2. Valor da remuneração

O julgador de primeiro grau, ao rejeitar o pedido de diferenças salariais, destacou a sua conclusão de que a autora recebia salário-dia (fls. 1206/1207):

"Alega a Autora que fazia jus aos salários brutos durante o período imprescrito de R\$ 3.450,00 em maio/2008, R\$ 3.750,00 de julho a setembro de 2008, R\$ 3.800,00 de outubro a dezembro de 2008 e R\$ 4.140,90 a partir de janeiro de 2009 até março/abril de 2010.

As Rés impugnam os valores mencionados.

Incontroverso que o salário acordado entre as partes foi estipulado por dia, o que é perfeitamente lícito, nos termos dos art. 7º, "a", da Lei nº 605/49.

Observe-se pela planilha apresentada na petição inicial às fls. 21/22 que a variação de valores decorre da diferença dos dias trabalhados durante o mês, e não do valor do salário-dia que sempre foi de R\$ 150,00.

A rigor, só haveria redução salarial ilícita se tivesse havido redução do valor do dia trabalhado, e não do valor mensal recebido.

Rejeito a pretensão."

A primeira ré pede reforma quanto à fixação da remuneração. Alega que a autora firmou declaração no sentido de que percebia a quantia de R\$ 2.000,00 mensais e que deve ser utilizado esse valor como base de cálculo das horas extras, férias, 13º salário, verbas rescisórias e indenização

gestacional. De forma sucessiva, pretende a reforma do julgado para que seja considerado como base de cálculo o salário diário da autora, multiplicado pelo número de dias efetivamente trabalhados e descansos semanais remunerados.

Restou incontroverso que a autora recebia salário por dia, conforme planilhas de fls. 21/22. A insurgência da ré, portanto, não merece acolhida, devendo-se considerar como base de cálculo o salário-dia, o que afasta, também, o pedido sucessivo.

Mantenho.

3. RSR

A primeira ré alega que a condenação ao pagamento de rsr deve ser afastada, assim como o reconhecimento do vínculo empregatício. Sucessivamente, requer que seja reconhecida a remuneração no importe de R\$ 2.000,00 mensais, de acordo com a declaração atestada pela autora e, como não houve labor aos domingos, que não haveria razão para ser condenada ao pagamento do repouso semanal remunerado. Ainda, de forma sucessiva, pretende que se considere como base de cálculo o salário diário multiplicado pelo número de dias efetivamente trabalhados e descanso semanal.

Diante do que se definiu em item próprio, a irresignação relativa à ausência de vínculo não pode mais ser analisada neste grau de jurisdição. No que diz respeito ao valor da remuneração, da mesma forma, houve pronunciamento no tópico anterior.

Com relação à ausência de trabalho aos domingos, são impertinentes os argumentos da ré. Deve ser aplicado o contido no art. 7º, da Lei 605/1949, nos seguintes termos:

"Art. 7º A remuneração do repouso semanal corresponderá:

a) para os que trabalham por dia, semana, quinzena ou mês, à de um dia de serviço, computadas as horas extraordinárias habitualmente prestadas;

[...]"

Assim, mesmo não havendo trabalho aos domingos, é devido o pagamento do rsr, que não foi pago durante a vigência do pacto laboral com os salários normais. **Mantenho.**

4. Horas extras/Fixação de jornada

A ré pretende a reforma da sentença quanto ao enquadramento da autora na exceção do art. 62, II da CLT. Afirmar que a autora possuía procurações com amplos poderes e que administrava o passivo trabalhista das empresas, possuindo, assim, cargo de confiança ou gestão.

Na petição inicial a autora afirmou que trabalhou para as rés "de segunda a sexta-feira, das 8h00min às 19h30min - em média, com não mais do que 30/40 minutos de intervalo para almoço" (fl. 25). Alegou que é aplicável o contido no artigo 20, da Lei 8.906/1994, que limita a jornada de trabalho do advogado a 4 horas contínuas e 20 h semanais.

As rés, em defesa, reiteraram a alegação de inexistência de vínculo empregatício e, sucessivamente, asseveraram que "a autora não possuía qualquer controle de jornada, em razão, inclusive, dos serviços que prestava, que se comparado a atividade de um empregado o seria EM CARGO DE CONFIANÇA, eis que a empresa da autora prestava serviços de ASSESSORIA JURÍDICA, sendo conhecedora de todos os receios, melindres, dúvidas, segredos industriais da reclamada." (fl. 746). Ainda, de forma sucessiva, aduziram que a autora não trabalhou em finais de semana ou antes das 9h e após às 17h30.

O julgador de origem deferiu o pedido de pagamento de horas extras após a 4ª diária e 20ª semanal, por entender que a autora, como advogada, não exercia cargo de confiança nos moldes do art. 62, II da CLT (fls. 1210/1212):

"[...]

Saliente-se, desde logo, que a Autora não se enquadra na hipótese do art. 62, II, da CLT, eis que não exercia cargo de gestão.

Importa não confundir, data venia, cargo de gestão com cargo de confiança. O primeiro é espécie do segundo. Assim, nem todo o cargo de confiança (gênero) é cargo de gestão (espécie).

O cargo de confiança se caracteriza quando o empregador delega parcela do poder de direção ao empregado. Já o cargo de gestão é quando esta parcela de poder permite ao empregado exercer atribuições de gestão no âmbito da atividade econômica, tomando decisões relativas a administração da empregadora.

A Autora, a rigor, não exercia função de confiança, portanto, sequer de gestão.

Em verdade, a Autora desenvolvia exclusivamente atribuições técnicas, relativas a profissão de advogada.

Afasto, assim, a aplicação do art. 62, II, da CLT.

Quanto a jornada, importa salientar que é incontroverso que a Autora não laborava em regime de exclusividade para a primeira Ré (ex.: audiências de fls. 231, 256, 274).

Nesse sentido, portanto, conforme o art. 20 da Lei nº 8.906/94, a Autora fazia jus a jornada de 4 horas diárias e 20 horas semanais.

Observe-se, no entanto, que para nos termos do § 1º do art. 20 da mencionada Lei, "considera-se como período de trabalho o tempo em que o advogado estiver à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, no seu escritório ou em atividades externas, sendo-lhe reembolsadas as despesas feitas com transporte, hospedagem e alimentação".

Efetivamente, a prova documental é farta no sentido de que, além do trabalho interno desempenhado pela Autora em prol das Rés, também realizava audiências, principalmente à tarde (ex.: fls. 233/255, 259/273).

Não é menos verdade, no entanto, que no período da tarde principalmente, a Autora realizava audiências de causas particulares, sem vinculação com as Rés (ex.: 231, 256, 274).

Têm-se, desse modo, duas certezas. A primeira é de que a Autora não trabalhava para as Rés apenas pela manhã. A segunda, de que a Autora não cumpria integralmente a jornada indicada na petição inicial em prol das Rés.

Assim, considerando a prova oral e documental produzida, o recesso judiciário, bem como o hábito da Justiça do Trabalho de não se realizarem audiências às sextas-feiras, convenço-me que:

- a Autora prestava serviços para as Rés de segunda a quinta-feira, de fevereiro a novembro de cada ano trabalhado;
- Autora laborou para as Rés apenas durante a primeira quinzena de dezembro e na segunda quinzena de janeiro de cada ano do contrato;
- a Autora cumpria horário, em média, das 9h30min às 11h30min e das 13h às 17h, de segunda a quinta-feira, para as Rés.

Rejeito a pretensão relativa a violação de intervalo, eis que em razão das causas próprias, o trabalho da Autora nos processos trabalhistas não beneficiava apenas as Rés. Assim, no cômputo da jornada acima fixada, já está considerado o tempo que a Autora despendia realizando audiências, conversando com clientes e testemunhas e consultando processos que não eram das Rés.

Em vista do exposto, acolho, em parte, a pretensão, para condenar as rés a pagar a Autora as horas extras laboradas depois da 4ª diária e 20 semanal, sem duplicidade.

Observe-se na base de cálculo o salário-dia de R\$ 150,00, que correspondente a salário-hora de R\$ 37,5 (150,00 divididos por 4). Adote-se o adicional de 100%, conforme § 2º do art. 20 do Estatuto da Advocacia.

Não há que se cogitar de divisor 100 ou 200, eis que o salário não era estipulado por mês.

Excluem-se do cômputo das horas extras os feriados, sendo que o Carnaval até a quarta-feira de cinzas e a Páscoa, desde a quarta-feira da correspondente semana.

Devidos reflexos em r.s.r. (domingos e feriados), e sem estes (OJ 394 da SDI-1 do TST), em férias acrescidas de 1/3 e 13º salário.

Nada há a ser deduzido. "

O ônus de comprovar o exercício de cargo de confiança é do empregador que assim alega em Juízo, a teor do art. 818 da CLT. Por se tratar de exceção à regra geral sobre a duração da jornada, o exercício de cargo de confiança constitui fato impeditivo do direito ao recebimento de horas extras. Também sob o prisma do Direito Processual Civil, seria das rés o ônus de provar o fato, por força do art. 333, II, do CPC. Atribuir ou transferir o encargo ao empregado significaria exigir-lhe prova de fato negativo, o que, em regra, é impossível.

Os detentores de cargo de confiança, enquadrados na exceção do inc. II do art. 62 da CLT, a princípio, não fazem jus à remuneração por trabalho extraordinário, porque, além de receberem do empregador substancial gama de poderes capazes de assegurar autonomia e, inclusive, comprometer o empreendimento, não se sujeitam à limitação, controle ou fiscalização de horário.

Como se mencionou em tópico anterior, o enquadramento na mencionada disposição exige que o detentor de cargo de confiança seja um autêntico representante do empregador, que possua poderes de representação, de comando e de decisão tão próximos aos do empregador que terminem por lhe colocar na condição de verdadeiro substituto daquele na condução de assuntos de relevância da empresa. Além da fidúcia do empregador, investiga-se, a remuneração do empregado, geralmente destacada e, principalmente, a existência de poderes de comando e decisão.

Não se cogita, por exemplo, enquadrar o empregado na exceção do art. 62, II, da CLT, somente porque exercia cargo chamado "gerente" e porque detinha maior grau de responsabilidade em relação aos demais empregados. A denominação do cargo é absolutamente indiferente para caracterizar o grau de confiança exigido pela norma legal. É que se tornou praxe,

em muitos ramos empresariais, atribuir as denominações de gerente ou gestor aos empregados detentores de responsabilidade maior em relação aos demais empregados, ainda que não exerçam, na prática, o efetivo cargo de confiança.

O entendimento desta Relatora é de que o art. 62, II, da CLT deve ser aplicado apenas em casos excepcionais, justamente porque é uma exceção às regras de duração da jornada e remuneração do trabalho extraordinário. O cargo de confiança ficaria configurado, em tese, nas situações em que o empregado exerce atribuições que o confundem com o próprio empregador, em que tem considerável grau de liberdade de atuação e em que suas decisões podem atingir, de forma direta, o empreendimento. Tratam-se de circunstâncias que, na maioria dos casos, estão restritas a um seleto grupo de empregados que ocupam o ápice da organização empresarial.

Na hipótese dos autos, como se verificou em tópico anterior, as declarações das testemunhas não confirmaram que a autora tivesse responsabilidade maior do que dos demais empregados, a ponto de ser enquadrada em cargo de confiança ou de gestão. Ter procurações com amplos poderes e atuar em causas trabalhistas das rés são especificidades inerentes à atuação técnica como profissional advogado, sem qualquer confiança especial. Conclui-se que embora a autora exercesse função importante na empresa, como advogada do contencioso trabalhista, não detinha poderes amplos de gestão.

Por essas considerações, correta a conclusão do julgador, na sentença, que afastou a aplicação do art. 62, II da CLT e condenou as rés ao pagamento de horas extras. **Mantenho.**

5. Intervalo do artigo 384 da CLT

A primeira ré pede a reforma da sentença quanto à condenação em pagar o tempo relativo ao intervalo previsto no art. 384 da CLT.

O Juízo de origem deferiu o pedido, pelos seguintes fundamentos (fl. 1212):

"No tocante ao intervalo previsto no art. 384 da CLT, relativo à proteção do trabalho da mulher, sigo a orientação predominante no E. TST, no sentido de que o referido preceito foi recepcionado pela Constituição.

"RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. INTERVALO PARA DESCANSO PREVISTO NO ART. 384 DA CLT. CONSTITUCIONALIDADE. A disposição contida no art. 384 da CLT foi recepcionada pela Constituição Federal, com fundamento no fato de que os homens e mulheres, embora iguais em direitos e obrigações, se distinguem em alguns aspectos, sobretudo nos que se relacionam à sua identidade fisiológica, merecendo a privilegiado em face de determinadas situações em que se exige um desgaste físico mais intenso, como na hipótese de realização de trabalho extraordinário. Violação do disposto no art. 5º, I, da Constituição Federal não demonstrada. Recurso de revista a que se nega provimento. TST-RR-64.704/2002-900-09-00.5 DJ - 24/02/2006, 5ª TURMA Rel. Min. Gelson de Azevedo."

"(...) 2.PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER. ARTIGO 384 DA CLT. PRORROGAÇÃO DE JORNADA. HORAS EXTRAS. ARTIGO 5º, CAPUT E INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. Não viola o artigo 5º, caput e inciso I, da Constituição de 1988, decisão pela qual se defere horas extras à mulher por desrespeito ao intervalo previsto no artigo 384 da CLT quando do elástico de jornada, tendo em vista a própria garantia constitucional de proteção do mercado de trabalho da mulher, nos termos do artigo 7º, inciso XX, da atual Lei Maior. TST-RR-33.612/2002-900-09- 00.3, DJ - 03/06/2005, 1ª Turma, Rel. Min. Emmanoel Pereira)."

Aliás, não poderia ser outra a interpretação, mormente diante do princípio da proibição do retrocesso social, pois haveria retrocesso com a supressão de direito garantido às mulheres.

Ademais, não parece que o art. 7º tenha tido essa finalidade, na medida em que expressamente dispôs da necessidade de se reconhecer outros direitos que "visem à melhoria da condição social".

Portanto, condeno as rés a pagar à autora 15 minutos em todas as ocasiões em que a autora prestou horas extras, pelo prejuízo decorrente da não concessão do intervalo previsto no art. 384 da CLT.

Observe-se a mesma base de cálculo e reflexos das horas extras.

Acolho. "

O art. 384 da CLT determina a concessão de intervalo à empregada entre o término da jornada normal e o início da extraordinária. Trata-se de norma que ingressou no sistema jurídico com a finalidade de proteger uma situação desigual, a da mulher, no universo do trabalho masculino. Por suas razões sociais e históricas não implicou ofensa ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, I, da Constituição Federal). Significou, antes, a aplicação da justiça distributiva, já defendida por Aristóteles ("...tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais..."). O dispositivo encontra-se perfeitamente recepcionado pelo art. 5º I, da Constituição federal de 1988, entendimento que encontra respaldo na jurisprudência do TST, e na recente Súmula editada pelo Pleno deste Tribunal, de nº 22, com a seguinte redação: "Intervalo. Trabalho da Mulher. Art. 384 da CLT. Recepção pelo art. 5º, I da CF. O art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal, o que

torna devido, à trabalhadora, o intervalo de 15 minutos antes do início do labor extraordinário".

Na realidade, a aplicação desse comando da CLT pode ser enquadrada na categoria das ações afirmativas, poderoso instrumento de inclusão social constituído por medidas que visam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da isonomia não apenas formal, mas substantiva, daqueles ainda considerados - e tratados - como grupos vulneráveis. **Mantenho.**

6. Férias - gratificação natalina - FGTS depósitos

Insurge-se a primeira ré quanto à condenação em férias, gratificação natalina e depósitos do FGTS. Afirma que, na hipótese de ser afastado o reconhecimento do vínculo de emprego, as verbas indicadas, por serem acessórias, também seriam indevidas. Sucessivamente, requer que seja reconhecido como base de cálculo o salário diário da autora multiplicado pelo número de dias efetivamente trabalhados e o descanso semanal remunerado.

A pretensão de ver afastado o reconhecimento do vínculo empregatício e o pedido sucessivo relativo à base de cálculo já foi apreciado em itens anteriores e foi rejeitada. **Nada a deferir.**

7. Verbas rescisórias

A ré reitera o argumento de que o vínculo empregatício deve ser afastado e, por consequência, as verbas rescisórias. Sucessivamente, alega que a autora foi pré-avisada da rescisão contratual com antecedência de 10 dias, período que deverá ser abatido de eventual condenação em aviso prévio. Assevera, ainda, que a multa do artigo 477, da CLT é indevida, em razão da inexistência de vínculo empregatício.

O juízo de primeiro grau, ao deferir as verbas rescisórias, assim se pronunciou (fl. 1214):

"Incontroverso que a Autora foi dispensada sem justa causa.

A Autora faz jus, destarte, ao aviso prévio de 30 dias indenizado, bem como a projeção deste gerando mais 1/12 de férias acrescidas de 1/3 e 1/12 de 13º salário.

Também faz jus a Autora a multa de 40% sobre os depósitos do FGTS deferidos no tópico anterior (Lei nº 8.036/90).

A multa do art. 467 da CLT é indevida, ante a controvérsia havida.

Já a multa do art. 477 da CLT, a meu juízo, é devida, pois não foi observado o prazo legal para pagamento das verbas rescisórias.

Observe-se na base de cálculo o valor de R\$ 4.500,00 (30 x 150,00)."

Na sentença resolutória de embargos de declaração o julgador de primeiro grau procedeu a integralização da sentença, nos seguintes termos (fl. 1238):

"De fato a embargante requereu o abatimento dos 10 dias de aviso prévio à autora concedidos (fl. 755 - item 23), e não houve menção acerca desse pedido na sentença.

Referido aviso com 10 dias de antecedência foi comprovado no documento de fl. 817.

O aviso prévio mínimo é de 30 dias, conforme artigo 7º, XXI da CR, de modo que a concessão parcial do referido direito retira por completo a finalidade do referido dispositivo, que é o de dar ao trabalhador a tranquilidade de saber que vai ter 30 dias para procurar outra colocação no mercado de trabalho.

Nesse sentido, o aviso prévio de 10 dias pela embargante concedido deve ser considerado como nulo, sendo devido portanto de forma integral, segundo o mesmo raciocínio aplicado aos intervalos intrajornada não concedidos, em analogia com a Súmula 437 do TST.

Por conseguinte, reconheço a omissão e, sanando-a, rejeito o pedido de dedução dos referidos 10 dias de aviso prévio."

Apesar da primeira ré ter comprovado a concessão de aviso prévio pelo documento de fl. 817 (contrato de encerramento de prestação de serviços), pelo prazo de 10 dias, o art. 7º, inciso XXI da Constituição Federal fixa o prazo mínimo de 30 dias como um direito mínimo do trabalhador. A concessão parcial não atinge a finalidade almejada pelo legislador, de propiciar ao empregado um período mínimo para a tentativa de recolocação profissional. Portanto, não é cabível qualquer dedução do período concedido.

A alegação de que a multa prevista no art. 477 da CLT é indevida, em razão da inexistência de vínculo de emprego, não se sustenta, diante do reconhecimento de que houve liame empregatício entre as partes. **Mantenho.**

8. Estabilidade de gestante

O julgador de primeiro grau, ao analisar o pedido de estabilidade provisória decorrente de gravidez, assim destacou (fls. 1215/1216):

"Discute-se se a Autora estava grávida quando da rescisão contratual (19-3-2010).

De acordo com o ultra-som obstétrico realizado em 07/04/2010 (fl. 586), a data aproximada da concepção da Autora foi entre final de janeiro e início de fevereiro/2010, considerando a data da última menstruação como tendo sido em 13/01/2010.

Inegável, assim, que em 19/3/2010 a Autora já estava grávida.

Confirma essa conclusão a data de nascimento do filho da Autora (11/10/2010).

Irrelevante se a empregadora tinha conhecimento do referido estado gravídico, ante a Súmula nº 244, I, do TST.

Ilícita a dispensa sem justa causa da Autora.

Condeno as Rés, portanto, a pagar a Autora indenização equivalente aos salários, férias acrescidas de 1/3, 13º salário e FGTS (11,2%), compreendido entre a data da dispensa, observada da prorrogação do aviso prévio - 18/4/2010 - até cinco meses após o parto, ou seja, até 11/03/2011.

Observe-se na base de cálculo o salário-dia de R\$ 150,00 x 30 dias."

A ré pede a reforma quanto ao reconhecimento da estabilidade provisória. Alega que não havia vínculo empregatício; não tinha conhecimento do estado gravídico quando da rescisão contratual; e que a autora esperou mais de 12 meses para ajuizar a reclamação trabalhista, demonstrando que tinha interesse não na reintegração, mas na indenização. Requer a reforma da sentença para excluir o reconhecimento da estabilidade.

O art. 10, II, b, do ADCT veda a dispensa sem justa causa da empregada gestante "desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto". Trata-se de norma de caráter público, que visa proteger tanto a trabalhadora gestante, como o nascituro e, por seu caráter cogente, obriga o empregador de forma indeclinável.

Sobre o tema, orienta o Tribunal Superior do Trabalho no seguinte sentido:

SÚMULA Nº 244 - GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. (INCORPORADAS AS ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS NºS 88 E 196 DA SDI-1) I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, "b" do ADCT). (ex-OJ nº 88 - DJ 16.04.2004) II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. (ex-Súmula nº 244 - Res 121/2003, DJ 21.11.2003)

É importante ressaltar que a Constituição da República de 1988, ao vedar a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o

parto, não impôs como requisito à obtenção do direito a garantia de emprego a comunicação ao empregador, tampouco que a comunicação se opere antes da rescisão contratual. Ainda que se considere algum direito ao empregador de despedir seus empregados sem justa causa, na hipótese de trabalhadora mulher, a teoria do risco objetivo afasta tanto a necessidade de conhecimento da gravidez, quanto a sua comunicação do estado gravídico. Não se exige o conhecimento da gravidez, nem sua propagação, até mesmo por respeito ao direito à intimidade da mulher. Basta que se verifique a existência da concepção e a ausência de justa causa para dispensa no momento da despedida, e o direito à estabilidade provisória ou à indenização substitutiva, conforme se apresente no caso concreto, adere ao patrimônio jurídico da gestante. Assim ocorre pela incontestável necessidade de se proteger o nascituro e a maternidade, em sentido amplo, medida que é reconhecida como de alta relevância social.

A respeito do tema, também já decidiu esta Turma:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. A concepção objetivista concernente à estabilidade provisória da gestante não restou modificada pela Carta Magna, o direito centraliza-se na teoria do risco da atividade econômica, fruto de longa discussão doutrinária acerca da responsabilidade civil do empregador. O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b", ADCT). Logo, o direito da empregada gestante à estabilidade provisória independe de prévia comunicação da gravidez ao empregador. Inviável a reintegração, converte-se em indenização equivalente aos salários e demais vantagens do período. (TRT-PR-00130-2001-670-09-00-2 - Ac.-25464-2003 - publ-21-11-2003 Rel. Juiz Luiz E. Gunther)

Na hipótese dos autos, o exame de ultra-som obstétrico de fl. 586 demonstra que em 19/3/2010 a autora encontrava-se grávida. A certidão de nascimento de fl. 287 revela que o nascimento ocorreu em 11/10/2010. Além do que, a autora apresentou o documento de fl. 403, em que informou o preposto da empresa de que havia feito exame e constatado o estado de gravidez. Esses documentos são suficientes para confirmar que à época da dispensa a autora já era gestante.

De qualquer forma, a desnecessidade de comunicação da gravidez ao empregador decorre da correta interpretação que se

deve dar ao art. 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A confirmação a que se refere o dispositivo é da gravidez, e não de que o empregador saiba do fato. De acordo com o entendimento desta Turma, calcado em posição manifestada pelo Supremo Tribunal Federal, o fato da autora não ter levado ao conhecimento da ré, a sua gravidez, quando da rescisão contratual, não afastaria seu direito ao pagamento da indenização estabilitária. O posicionamento decorre, justamente, da tese da responsabilidade objetiva do empregador, incorporada à Súmula 244 ((Nº 244 - GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.)). Em outras palavras, a estabilidade da gestante decorre unicamente da existência do estado gravídico, independente do empregador ter ciência desse estado, pois o legislador, ao instituir a proteção da gestante pela estabilidade provisória, foi suficientemente claro quando fez dispor: "... a garantia desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto". Confirmação não significa dar ciência do fato a outrem. Nada impede, tampouco, que a "confirmação" ocorra posteriormente ao rompimento do vínculo, pois importa para balizar o direito à estabilidade somente o fato da empregada encontrar-se grávida quando dispensada. Constatação posterior impõe a reintegração e, se inviável, indenização substitutiva.

Algumas decisões desta Corte sobre a matéria bem demonstram o espírito das normas de proteção à gestante:

ESTABILIDADE GESTANTE - OJ N. 88 DA SDI-1 DO E. TST - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. A jurisprudência majoritária do C. TST tem perfilhado o entendimento de ser dispensável a comunicação do estado gestacional da empregada à empresa, em virtude de tal garantia ser preceito constitucional e a responsabilidade do empregador ser objetiva. Tem-se, desta forma, como prescindível a comunicação do estado de gravidez, mas impostergável que a confirmação se dê durante o vínculo de emprego, o que ocorreu nos presentes autos. Sobreleva notar, que a Corte Superior deu nova redação à Orientação

Jurisprudencial 88 da SDI-1, em 04.05.2004, firmando posicionamento no seguinte sentido: "GESTANTE-ESTABILIDADE PROVISÓRIA. O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b", ADCT)".(TRT-PR-19783-2002-013-09-00-2-Ac.20138-2004-publ-17-09-2004 -Rel. Juiz Luiz Celso Napp)

ESTABILIDADE GESTANTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Comprovado nos autos o estado gravídico da empregada no momento da ruptura contratual, é irrelevante o fato do réu desconhecer a gravidez da autora, pois sua responsabilidade é objetiva, eis que a norma constitucional visa à tutela da maternidade e não propriamente do indivíduo trabalhador.(TRT-PR-08494-2002-014-09-00-4-Ac.03688-2004-publ-27-02-2004 - Rel. Juiz Célio Waldruff)

Na situação dos autos, não seria possível conceder reintegração à autora, porque já ultrapassou o período da estabilidade. No entanto, é devido o pagamento dos salários e consectários relativos ao intervalo de tempo entre o encerramento do contrato de trabalho e o término da estabilidade.

Pelo exposto, **não merece** reparos a sentença no que concerne ao reconhecimento da estabilidade provisória.**Mantenho.**
9. Descontos - restituição - PIS/COFINS/CSLL e IR

A primeira ré insurge-se contra a condenação de restituir dos valores descontados a título de PIS/COFINS/CSLL e IR. Argumenta que a autora, por sua própria iniciativa, constituiu a pessoa jurídica, prestou serviços e emitiu notas fiscais de prestação de serviços, cabendo a ela a retenção de valores de acordo com o que dispõem os artigos 1º, 30 a 36, da Lei Nº 10833/2003.

O julgador de primeiro grau condenou as rés à restituição dos descontos a título de PIS/COFINS/CSLL e IR, nos seguintes termos (fl. 1215):

"Diante da fraude declarada pelo TRT, no tocante a declaração de vínculo empregatício, inegável a ilicitude dos descontos realizados sobre os valores recebidos pela Autora a título de PIS/COFINS, CSLL e IR.

Não verifiquei na documentação trazida aos autos descontos relativos a utilização de telefone, pelo que indefiro a restituição.

Acolho, em parte, para condenar as Rés a restituir a Autora os valores a título de PIS/COFINS, CSLL e IR que constam das notas fiscais juntadas e DARFS."

Como se analisou no tópico relativo ao dano moral, do recurso da autora, houve determinação por parte da primeira ré para que a autora constituísse uma pessoa jurídica, como forma de viabilizar a prestação dos seus serviços. Além do que, a decisão em que se reconheceu o vínculo empregatício transitou em julgado, ao menos do ponto de vista formal.

Considerando a fraude verificada e a violação aos direitos trabalhistas da autora, a condenação das rés ao pagamento de todos os valores a título de PIS/COFINS, CSLL e IR deve subsistir. **Mantenho.**
10. Gastos - abertura encerramento de Pessoa Jurídica

A ré afirma que a autora constituiu a pessoa jurídica por sua livre e espontânea vontade; que não há comprovação de nulidade do ato jurídico; e que é advogada trabalhista, o que tornaria a alegação de que teria sido ludibriada, inverídica. Requer a exclusão da condenação de restituição de valores.

O juiz de primeiro grau condenou às rés a indenizar a autora pelos gastos com a constituição da pessoa jurídica, nos seguintes termos (fl. 1216):

"Evidentemente a exigência pela primeira Ré de que a Autora constituição pessoa jurídica para prestar serviços para as Rés é inequivocamente nula de pleno direito, nos termos do art. 9º da CLT.

Os custos relativos a abertura e encerramento da PJ devem, à luz dos arts. 186 e 927 do CC, serem suportados pelas Rés.

Assim, condeno as Rés a indenizar a Autora pelas despesas havidas com a abertura e fechamento da PJ, conforme se apurar em liquidação de sentença pelos documentos carreados aos autos."

Algumas empresas, com vistas à obtenção de maior lucratividade e redução de custos, têm se valido de prática bastante conhecida pela Justiça do Trabalho, denominada na linguagem comum de "pejotização". Por esse expediente o trabalhador (normalmente "intelectual") é obrigado a constituir uma pessoa jurídica e, a partir da assinatura de um contrato de prestação de serviços, passa a prestar serviços para a empresa formalmente como autônomo ou prestador de serviços, embora na realidade seja empregado.

Por esse expediente a contratante se beneficia da mão-de-obra contratada, sem os encargos trabalhistas e previdenciários decorrentes.

Wilson de Souza Campos Batalha, ao analisar a fraude como hipótese de vício de consentimento sobre a pactuação dos negócios jurídicos, destaca:

"O Direito do trabalho tem sido campo fértil para a fraude à lei. Algumas vezes procura-se elidir a legislação de proteção ao trabalho, apresentando a relação jurídica como tendo diversa característica (sociedade de capital e indústria, cooperativa de mão-de-obra, representação comercial autônoma, falsa parceria), outras vezes simula-se uma despedida (despedida fictícia) seguida de readmissão," ("Dos Defeitos dos Negócios Jurídicos", p. 209).

No Direito do trabalho prevalece o que se denomina contrato-realidade. Torna-se indispensável, em situações concretas, retirar o véu que cobre o ato formal para desvendar a real relação, tarefa especialmente agravada nas situações que envolvem zonas limítrofes entre os denominados contratos de prestação de serviços e relação de emprego. Assim ocorre porque os contratos de trabalho e de prestação de serviços possuem diversos pontos comuns, o que torna de extrema complexidade a tarefa de distingui-los. Em geral, as duas figuras têm, em comum, o caráter pessoal, oneroso e habitual da prestação de serviços. Portanto, a distinção, em regra, reside na existência de autonomia ou na ocorrência de subordinação jurídica que, na maioria das vezes, em se tratando de trabalhadores intelectuais, não é de fácil definição.

Na situação dos autos, concluiu-se que a autora foi obrigada a constituir empresa para que pudesse trabalhar para a recorrente. Como se mencionou, o instrumento de transação de quitação (fls. 583/585) demonstra a preocupação da primeira ré em ocultar o vínculo empregatício, com assertivas de que não haveria vício de vontade na confecção do documento e que a prestação de serviços seria intelectual apenas.

A alegação de que a autora, como advogada, não estaria sujeita a ser ludibriada não ampara a recorrente.

É importante destacar que o trabalhador, parte presumidamente vulnerável na relação de emprego, ordinariamente pode ser levado a praticar atos para a manutenção de sua fonte de sustento, independente de sua formação acadêmica ou intelectual. A coação, nesses casos, é evidentemente econômica, pois todos ou a maioria das pessoas depende de seu trabalho para dele extrair as condições mínimas de sobrevivência e o trabalhador submete-se a uma série de imposições para manter essa fonte vital.

Ante o exposto, a sentença deve ser **mantida** quanto à indenização pelos gastos com a constituição de pessoa jurídica.

III. CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Desembargadores da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DOS RECURSOS ORDINÁRIOS DAS PARTES**, com a rejeição da preliminar suscitada pela autora. No mérito, por igual votação, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DA AUTORA** para: a) fixar o seu horário de trabalho: a.1) de segunda a sexta-feira, das 8h às 19h30min, com quarenta minutos de intervalo intrajornada, salvo em duas sextas-feiras mensais (arbitra-se como sendo a primeira e a terceira de cada mês), quando atendia aos clientes particulares, bem assim, os dias em que atuou efetivamente como advogada de clientes próprios (a apuração desses dias ocorrerá a partir dos documentos trazidos aos autos pela própria trabalhadora); a.2) trabalho em um sábado mensal, no mesmo horário (o critério é resultante da avaliação dos documentos trazidos com a petição inicial); a.3) delimitação do período de recesso como sendo entre o dia 22 de dezembro de cada ano e o dia seis do mês de janeiro do ano seguinte, quando finda o recesso da Justiça do Trabalho; b) elevar a condenação relativamente a quantidade de horas extras, com repercussões; c) deferir diferenças de

remuneração do período de estabilidade; d) acrescentar diferenças de FGTS; e) reconhecer a ocorrência de danos morais e condenar as rés ao pagamento de duas indenizações, com juros de mora e correção monetária nos termos da Súmula 439 do TST. Por igual votação, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DAS RÉ**S; tudo nos termos da fundamentação.

Custas, a cargo das rés, elevadas em R\$ 2.000,00, calculadas sobre o valor provisório da condenação, arbitrado em R\$ 100.000,00, sujeitas a elevação.

Intimem-se.

Curitiba, 25 de

novembro de 2014.

MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU
Desembargadora Relatora