



PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO

PROCESSO nº 0010110-54.2015.5.01.0204 (RO)

RECORRENTE: BSW COMERCIAL MODAS LTDA

RECORRIDO:

RELATOR: DESEMBARGADOR ENOQUE RIBEIRO DOS SANTOS

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. DANO MORAL CONFIGURADO. AUTORA CONSTRANGIDA A ALISAR SEUS CABELOS E A ALTERAR SUA APARÊNCIA NATURAL PARA SEGUIR TENDÊNCIAS DA MODA POR IMPOSIÇÃO PATRONAL. CONDUTA ABUSIVA DA RÉ. NEXO DE CAUSALIDADE. TEORIA DO DANO DIRETO E IMEDIATO. O dever de indenizar surge quando o evento danoso é efeito necessário de determinada causa. Conforme vaticina a teoria do dano direto e imediato, tal expressão, constante do art. 403 do CC, deve ser interpretada em conjunto com a subteoria da necessariedade da causa. No caso concreto, restou evidenciado o nexo causal, pois o dano moral sofrido pela reclamante foi efeito direto e imediato da conduta abusiva da ré, que extrapolou seu poder diretivo ao impor a alteração de uma característica física natural de sua empregada, atingindo diretamente sua dignidade, auto-estima e intimidade. Assim, é devida a indenização pelo abalo sofrido. Recurso da reclamada a que se nega provimento, no particular

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário em que são partes **BSW COMERCIAL MODAS LTDA**, como recorrente, e , como recorrida.

Inconformada com a sentença de Id. ee813a6, aditada pela decisão de embargos declaratórios de Id. 622147f, ambas prolatadas pela Exma. Juíza MAUREN XAVIER SEELING, em exercício na 04ª Vara do Trabalho de Duque de Caxias, que julgou parcialmente

procedentes os pedidos da inicial, a reclamada, BSW COMERCIAL MODAS LTDA, interpõe recurso ordinário (Id. 9cfde9e).

Em suas razões, a recorrente pugna pela reforma da sentença em relação às seguintes matérias: a) pagamentos não escriturados, b) horas extras, c) indenização por danos morais e d) liquidação de sentença.

Devidamente intimada, a recorrida apresentou contrarrazões (Id. 5a0dfa).

Dispensável a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho diante do que dispõe o artigo 85 do Regimento Interno desta Egrégia Corte e por não evidenciadas as hipóteses dos incisos II e XIII do art. 83 da Lei Complementar nº 75/93, nem as do Ofício PRT/1ª Reg. nº 214/13-GAB, de 11/03/2013.

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso, por preenchidos os pressupostos recursais intrínsecos (recorribilidade, adequação, legitimidade para recorrer e interesse para fazê-lo) e por estarem presentes os pressupostos recursais extrínsecos.

O recurso é tempestivo, (Ids. 0ae1c03, 9cfde9e e certidão de Id. d347d79 que informa como data da publicação o dia 26/10/2015), regular, a parte está adequadamente representada (Id. 10fdb0f), o recolhimento de custas e o depósito recursal foram comprovados no prazo legal (Id. c674e0a e 1dcc5c8) e não houve a ocorrência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer.

MÉRITO

SUSPEIÇÃO DA TESTEMUNHA

O Juízo de Origem rejeitou a contradita arguida pela reclamada, conforme restou consignado na ata de audiência de id. 4d6d765, *verbis*:

"Arguida a contradita ao argumento de possuir ação com pedidos em quase na totalidade iguais, com mesmo patrocínio; que a reclamante não foi e nem será sua

testemunha, que a reclamante esteve presente em sua primeira audiência; que a audiência foi adiada; que trará outra testemunha na próxima assentada, não pretendendo ouvir a reclamante. Rejeita-se a contradita, com protestos da ré."

Em suas razões recursais, a reclamada, BSW COMERCIAL MODAS LTDA, alega que o depoimento prestado pela testemunha Sra. MAÍRA MARCELLE DE ARAUJO JERONIMO de id 4d6d765, deve ser desconsiderado, uma vez que declarou que a reclamante esteve presente na primeira audiência referente ao processo que move em face da empresa.

Por essa razão, sustenta a recorrente que houve troca de favores entre a autora e sua testemunha, pretendendo a reforma da sentença a fim de que sejam julgados improcedentes os pleitos que tiveram por fundamento a referida prova testemunhal.

Pois bem.

Primeiramente, impõe registrar que as testemunhas pertencem ao Juízo e possuem a aptidão de influenciar no convencimento do julgador, o qual deve, naturalmente, buscar a verdade real, tendo em vista que o processo é mero instrumento de realização do direito material.

No caso, verifica-se que as pretensões autorais foram julgadas parcialmente procedentes com base também no depoimento da testemunha, o qual foi útil à solução do feito.

Portanto, evidencia-se que a negativa em ouvir a testemunhaobreira, com a qual pretendia provar a tese inicial, ocasionaria graves prejuízos ao autor, interferindo significativamente na apuração da verdade real e, ainda, ofendendo o direito prioritário de garantir a prova de fatos relevantes ao deslinde da controvérsia.

Ademais, não restaram demonstradas quaisquer das hipóteses previstas legalmente nos arts. 405 do CPC e 829 da CLT de forma a impedir a oitiva da testemunha.

A testemunha que troca favor incide no crime de falso testemunho (art. 342 do CP), porém a prática de crime não se presume, devendo ser provada (art. 414 do CPC), o que não ocorreu no caso concreto.

A Corte Superior Trabalhista tem o entendimento de que a "troca de favores" deve ser cabalmente provada e não simplesmente concluída genericamente toda vez que a testemunha e o reclamante tiverem reclamatória contra o mesmo empregador, com o mesmo objeto e/ou ambos atuarem na ação ajuizada pelo outro como testemunha, presumindo-se a prática do crime de falso testemunho.

Como é de conhecimento de todos, o direito de ação (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional), consagrado no art. 5º, XXXV, CF, integra o rol dos direitos humanos, estando mencionado na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 (art. X), *in verbis*: "Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele".

Aquele que exerce seu direito de ação, ainda que com o mesmo objeto encontrado em outras demandas judiciais, não pode sofrer restrições de qualquer ordem. Como já exposto, não é possível conjecturar suposições sobre o foro íntimo da testemunha.

Nesse sentido, cito os seguintes arestos do col. TST:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA. CERCEAMENTO DE DEFESA. HIPÓTESE EM QUE A RECLAMANTE DEPÔS NA AÇÃO AJUIZADA POR SUA TESTEMUNHA. TROCA DE FAVORES NÃO CARACTERIZADA. Esta Turma manifestou-se expressamente quanto aos motivos pelos quais entendeu caracterizado o cerceamento de defesa, evidenciando que não caracteriza troca de favores o simples fato de a reclamante ter prestado depoimento na ação ajuizada por sua testemunha contra a mesma empresa, de maneira que, não evidenciado nenhum dos vícios especificados nos artigos 535 do CPC e 897-A da CLT, não se viabiliza a oposição dos embargos de declaração. Embargos de declaração rejeitados." (TST - ED-RR: 11144520125150087, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 11/02/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015)

"I - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA QUE LITIGA CONTRA O MESMO EMPREGADOR. IDENTIDADE DE PEDIDOS. SUSPEIÇÃO NÃO CARACTERIZADA. A teor da Súmula 357 desta Corte, "não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador". Recurso de revista conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. Prejudicada a análise do presente apelo, em face do conhecimento e provimento do recurso de revista do reclamante, para, reconhecendo o cerceamento de defesa, devolver os autos à Vara de origem, a fim de que, com a reabertura da instrução processual, seja oportunizada ao reclamante a oitiva de suas testemunhas." (TST , Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 08/04/2015, 3ª Turma)

"NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. SUSPEIÇÃO DE TESTEMUNHA QUE LITIGA CONTRA O MESMO DEMANDADO EM JUÍZO. SÚMULA Nº 357 DO TST. A tese recursal levantada pelo reclamado há muito foi superada no âmbito desta Corte por meio da Súmula nº 357, que passou a entender que o simples fato de a testemunha postular em Juízo contra o mesmo demandado, ainda que para reivindicar pedido idêntico, não implica, por si só, sua suspeição, tampouco torna seus depoimentos, a priori, carentes de valor probante. Trata-se essa situação, ao contrário, de caso de exercício regular de direito constitucionalmente assegurado, no interesse da Justiça. Recurso de revista não conhecido. (...)" (TST - RR: 5950820115040024, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 17/06/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/06/2015)

No caso, prevalece o entendimento consolidado pelo TST (Súmula 357), *in verbis*: "**TESTEMUNHA. AÇÃO CONTRA A MESMA RECLAMADA. SUSPEIÇÃO.** Não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregado".

Ressalte-se que a corte superior trabalhista aplica o teor do verbete acima transscrito inclusive quando há identidade de patronos, como se observa dos acórdãos abaixo:

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DA 1ª RECLAMADA - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA - PROVA TESTEMUNHAL - SUSPEIÇÃO - SÚMULA Nº 357 DO TST - IDENTIDADE DE PEDIDOS E DE ADVOGADO O v. acórdão regional está conforme à Súmula nº 357 do TST, que dispõe: - TESTEMUNHA. AÇÃO CONTRA A MESMA RECLAMADA. SUSPEIÇÃO. Não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador. Ressalte-se que a C. SBDI-1 desta Corte já se pronunciou no sentido de aplicação da aludida súmula tanto nas hipóteses de identidade de pedidos como nas de advogado, nas reclamações trabalhistas propostas pelo reclamante e pela testemunha contra igual empregador. (...)" (TST - AIRR: 18181620125030112 1818-16.2012.5.03.0112, Relator: João Pedro Silvestrin, Data de Julgamento: 06/11/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/11/2013)

RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEIO DE DEFESA. TESTEMUNHA. SUSPEIÇÃO. LITÍGIO CONTRA O MESMO EMPREGADOR. AÇÕES COM IDENTIDADE DE PEDIDOS. IRRELEVÂNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 357 DO TST. A testemunha, ao prestar depoimento, firma compromisso de dizer a verdade e, em caso de falsidade, irá sujeitar-se às cominações legais (art. 828 do CPC) e incorrerá na tipificação penal de falso testemunho (arts. 342 e 343 do Código Penal). Nesse contexto, o simples fato de a testemunha exercer seu direito de ação, ainda que também esteja demandando contra a reclamada em ação com o mesmo objeto e mesmo advogado, não significa que ela irá utilizar-se de mentira ou má-fé, devendo a suspeição ser suficientemente provada e cumprindo ao julgador analisar as provas com o cuidado necessário. A jurisprudência da SBDI-1 do TST é no sentido de que a alegação de identidade de pedidos não afasta a incidência da Súmula 357 do TST, que não excepciona tal hipótese (Súmula 333 do TST). No caso, o Regional consignou não

haver indícios de que a reclamante e a testemunha tenham trocado favores. Decisão regional em consonância com a Súmula 357 do TST. Recurso de revista não conhecido. (...)" (TST - RR: 730004720085040024 , Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 20/05/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2015)

Frise-se, ademais, que não há provas nos autos da amizade íntima ou do interesse na causa, sendo que caberia à recorrente demonstrar a inidoneidade da prova em apreço (art. 818, CLT, art. 333, II, CPC).

Assim, **nego provimento** ao recurso no que tange a arguição de suspeição da testemunha.

PAGAMENTOS NÃO ESCRITURADOS

O Juízo de Origem reconheceu o pagamento de comissões "por fora" no valor de R\$ 580,00 (quinhentos e oitenta reais) mensais, condenando a reclamada ao pagamento das devidas repercussões em aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, 13º salário, FGTS+40% e RSR, pelos seguintes fundamentos, *verbis*:

"A reclamante afirma que foi contratada para perceber remuneração a título de comissão, no percentual de 4% a 4,5% de suas vendas.

Afirma que sua remuneração média mensal era de R\$1.500,00. No entanto, apenas parte deste valor era computado nos recibos, sendo a média de R\$580,00 paga "por fora".

A reclamada afirma que a autora sempre recebeu os salários conforme as vendas realizadas, que eram depositadas em sua conta corrente.

As testemunhas confirmam as irregularidades com os pagamentos, sendo parte das comissões quitadas sem o respectivo registro.

Diante da prova testemunhal, concluo, pela persuasão racional, que a reclamante recebia comissões sem o respectivo registro, acolhendo-se o montante de R\$ 580,00 (quinhentos e oitenta reais), mensais, pagos "por fora".

Ante a habitualidade do pagamento, ficam deferidas as suas repercussões em aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, 13º salário e FGTS+40%.

Devidos os RSR sobre as comissões, já que recebia pelos produtos vendidos e não pelos dias trabalhados, a teor da Súmula 27 do C.TST." (Id. ee813a6)

A reclamada, BSW COMERCIAL MODAS LTDA, pugna pela reforma da sentença ao argumento de que a autora não comprovou sua alegação quanto ao pagamento de valores não escriturados, ressaltando que a oitiva da testemunha da reclamante deve ser

desconsiderada, uma vez que, tendo a autora comparecido à primeira audiência em processo de sua testemunha, teria havido troca de favores entre elas.

Acrescenta que os contracheques juntados aos autos demonstram o pagamento de comissões variáveis que foram devidamente integradas à remuneração da autora.

Sucessivamente, requer a limitação da condenação à "diferença dos valores registrados nos contracheques e o valor afirmado em depoimento pessoal, R\$1.600,00/R\$1.700,00".

Afirma que nos meses em que tal diferença for superior aos R\$ 580,00 alegados na inicial, tal valor deverá ser observado como patamar máximo, nos termos dos artigos 2º, 128, 293 e 460 e CPC.

Sustenta que, do início do período imprescrito ao término da relação de trabalho, o salário base da recorrida evoluiu, devendo, na mesma proporção, ser deflacionado o valor máximo reconhecido como pago "por fora" (R\$580,00), sob pena de enriquecimento ilícito."

Decido.

Conforme já decidido em tópico anterior, o depoimento da testemunha da reclamante é válido, devendo ser considerado como meio de prova.

Nesse sentido, a Sra. Maíra Marcelle de Araujo Jerônimo, testemunha indicada pelo autor, corroborou a tese inicial de que havia o pagamento de valores que não eram registrados nos contracheques, *verbis*:

"que o valor do contracheque não era pago; que o valor pago vinha discriminado [sic] em uma folha à parte com o registro das vendas e dos descontos; que recebiam apenas a comissão; que os valores no contracheque não eram pagos; que tiravam em média R\$1.700,00 a R\$2.000,00 por mês como comissão; que o mesmo ocorria com a reclamante; que a reclamante era a que mais vendia, (...) que era comissionista pura garantido o piso salarial da categoria; que se computasse o contracheque recebia em média R\$600,00 por fora; que no mês de dezembro o valor seria maior".

Além disso, a testemunha patronal confirmou a tese obreira ao afirmar que "a reclamante recebia um salário fixo mais comissão; que a comissão parte é paga no recibo e parte é paga por fora; que não sabe quanto era pago por fora" (Id.4d6d765)

Dessa forma, restou comprovado o pagamento de comissões não escrituradas à parte autora.

Quanto aos requerimentos sucessivos, a reclamada pretende que a condenação seja limitada tanto em relação à diferença entre a remuneração que consta nos contracheques e aquela informada pela reclamante, quanto em relação à quantia informada na inicial como paga "por fora".

Em primeiro lugar, deve ser considerado que os valores declarados pela reclamante referentes à remuneração efetivamente recebida e aos pagamentos extra recibo, correspondem à mera estimativa, já que a contraprestação à base de comissões varia de acordo com as vendas realizadas.

Em segundo lugar, contata-se que, na eventualidade de ser aplicada a limitação quanto ao valor estimado a título de remuneração, haveria possibilidade de não ser considerado qualquer pagamento de valores não registrados, como ocorreria, por exemplo, no mês de dezembro de 2012, em que o contracheque demonstra remuneração acima de tal limite (Id.f28db81 - Pág. 13).

Tal hipótese não se coaduna com a confirmação da testemunha da reclamada de que parte dos pagamentos era efetuada "por fora", nem com a informação da testemunha da autora de que esse valor era maior no mês de dezembro, motivo pelo qual a quantia estimada a título de remuneração mensal não deve ser utilizada como parâmetro.

Dessa forma, entendo por correta a decisão primeva ao considerar como salário marginal a quantia estimada na inicial (R\$ 580,00), não havendo que se falar em deflacionamento desse valor por se tratar de mera estimativa.

Dessarte, nego provimento, no particular.

HORAS EXTRAS

O Juízo de Origem julgou procedentes em parte os pedidos relativos à jornada obreira, pelos seguintes fundamentos, *verbis*:

"Extrapolada a duração padrão da jornada do empregado, é devido o pagamento em relação ao período extraordinário trabalhado, com adicional de 50% (ou convencional).

A fiscalização do labor diário cabe ao empregador, que deve manter controle de ponto quando conta com mais de 10 funcionários no estabelecimento (Súmula 338, I, TST).

Considerando-se a inicial, alterada pelo depoimento pessoal, tem-se que a reclamante alega ter trabalhado no horário das 10h às 19:30h de segunda à sábado, com uma hora de intervalo para refeição e descanso. E, nos meses de dezembro, mesmos horários com apenas 15min de intervalo intrajornada.

A reclamada trouxe aos autos controles de ponto, os quais foram impugnados pela reclamante, por não refletirem a real jornada de trabalho.

Os controles apresentados, além de não abrangerem a totalidade contratual, nos meses e anos em que apresentados, são inviáveis, o que os torna inservíveis como meio de prova, conforme Súmula 338, III, TST.

Ainda que assim não fosse, a testemunha Maíra, ouvida a pedido da parte autora, foi assertiva em informar que trabalhava das 10h às 19:30h de segunda a sábado, com uma hora de intervalo intrajornada. Disse que não tinha intervalo para lanche e que em dezembro trabalhavam de 9h às 21:30h, de segunda a sábado, com 15/20 min intervalo intrajornada e aos domingos de 9h às 16h com 15/20 min de intervalo intrajornada. Seu depoimento confirma em linhas gerais a jornada confessada pela reclamante.

Ante o exposto, defiro à reclamante horas extras. Fixo a jornada, conforme a inicial, balizada pela confissão da autora, a saber:

· das 10h às 19:30h de segunda a sábado, com uma hora de intervalo intrajornada.

· Nos meses de dezembro do período imprescrito, deverá ser observada a mesma jornada, sem intervalo intrajornada.

São horas extras as praticadas acima da 8^a diária e 44^a semanal, bem como uma hora extras nos meses de dezembro do período contratual imprescrito, face à ausência de fruição do intervalo intrajornada.

Observe-se a evolução salarial da reclamante, a súmula 340, o adicional de 50%, os dias efetivamente trabalhados e as Súmula 264 e 340, do TST.

Procede, outrossim, o pedido de repercussão horas extras no repouso semanal remunerado, aviso prévio, 13º salários vencidos e proporcionais, férias, acrescidas do terço constitucional, FGTS e indenização dos 40% deste, observada a prescrição pronunciada." (Id. ee813a6)

A reclamada, BSW COMERCIAL MODAS LTDA, pugna pela reforma do julgado repetindo o argumento de que o depoimento da testemunha obreira deve ser desconsiderado e que, tendo a autora impugnado os cartões de ponto era dela o ônus de comprovar a veracidade da jornada descrita na inicial, do qual não se desincumbiu.

Decido.

Primeiramente, no que tange à insurgência da recorrente quanto à valoração da prova e justiça da decisão, oportuno ressaltar que um dos princípios norteadores do Direito Laboral é o da primazia da realidade sobre a forma e que o magistrado tem ampla liberdade na análise probatória, bastando a fundamentação válida de suas decisões, com base no sistema do livre convencimento motivado (arts. 93, IX, da CRFB, 130/131 do CPC e 852-D da CLT), o que ocorreu na presente hipótese.

Pela análise dos autos, é possível verificar que os controles de ponto de Id. 7652973, juntados pela reclamada, são britânicos, ou seja, contêm horários invariáveis, o que macula a idoneidade de tais documentos como meio de prova, invertendo -se o ônus probatório, segundo a aplicação do entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula 338, III, do col. TST, *verbis*:

"Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir."

Além disso, reforçando a tese da inicial, a testemunha convidada pela reclamante, confirmou a realização de labor sobrejornada, *verbis*:

"(...) que a depoente trabalhava de 10h às 19:30h de segunda a sábado, com uma hora de intervalo intrajornada; que não tinha intervalo para lanche; que em dezembro trabalhavam de 9:00h às 21:30h, de segunda a sábado, 15/20 min intervalo intrajornada e aos domingos de 9h às 16:00h com 15/20 min de intervalo intrajornada; que a reclamante trabalhava nos mesmos dias, horários e intervalos; que não havia cartão de ponto" (Id. 4d6d765)

Por outro lado, a testemunha patronal, sra. Daniele de Almeida Rocha, afirmou que a reclamante cumpria jornada habitual de 11h às 19h30, horário diverso do apontado na contestação de Id. 9a0bab3 (8h30 às 17h ou 10h às 18h30), e dos cartões de ponto colacionados aos autos (10h às 18h30), não fazendo qualquer distinção quanto ao mês de dezembro, *verbis*:

"que trabalha na reclamada há 14 anos; que é a responsável, gerente da loja em que a reclamante trabalhava; que trabalha de 11:00h às 19:30h, de terça a sábado, com uma hora de intervalo intrajornada; que há 20 min de intervalo para lanche; que na época da reclamante trabalhavam cerca de 8 pessoas na loja; que não tem cartão de ponto; que a reclamante trabalhava no mesmo horário que a depoente no mesmos dias, horários e intervalos; que a testemunha Maíra trabalhava também nos mesmos dias, horários e intervalos que a depoente; que a loja abre às 9:00h; que são 3 horários de trabalho: 9h às 17h, 10h às 18h e 11h às 19:30h; que a loja fecha às 19:30h; que às segundas trabalham das 12:30h às 19:30h com mesmos intervalos" (Id. 4d6d765)

Valorando toda a prova mencionada, concluo que as informações prestadas pela testemunha convidada pela reclamante, que com ela laborou, demonstrando conhecer bem a realidade fática delineada nos autos, detém mais credibilidade e segurança do que o apresentado pela testemunha da ré.

Dessarte, sendo da ré o ônus de comprovar a jornada obreira e prevalecendo a prova oral produzida pela reclamante, deve ser mantida a sentença que condenou a reclamada ao pagamento de horas extras e intervalo intrajornada.

Nego provimento ao recurso da reclamada, BSW COMERCIAL MODAS LTDA, no particular.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

O Juízo de Origem condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, pelos seguintes fundamentos, *verbis*:

"O dano moral é a lesão a direito da personalidade, caracterizada pela dor e humilhação que, de forma anormal, causa grande sofrimento e abalo psicológico ao indivíduo.

Por se pautar em responsabilidade extracontratual, submetem-se aos requisitos da culpa aquiliana (arts. 186 e 927, CC), quais sejam: a) ato ilícito voluntário (omissivo ou comissivo); b) dano experimentado, que deve ser certo, atual e subsistente; c) nexo causal entre a conduta e a lesão; e d) culpa do agente.

No caso dos autos, a jornada fixada no capítulo das horas extras, balizada na confissão da própria reclamada não é extenuante a ponto de gerar lesão a direito da personalidade, mas apenas dano material, que será resarcido por meio das horas extras deferidas.

Quanto ao salário "por fora", seu reconhecimento e repercussão em outras parcelas do complexo salarial já ensejará a compensação material do dano sofrido, não

havendo que se fala em dano moral.

No que tange ao alisamento do cabelo, a testemunha da reclamante, Maíra, afirmou que segundo as outras vendedoras, a reclamante fora forçada a alisar o cabelo, por imposição da ré.

A própria testemunha da ré, afirmou que a reclamada dá sugestões quanto à aparência de seus empregados, para que seguissem as tendências de moda. Também disse que à época da contratação não havia nenhuma vendedora de cabelos crespos.

A prova testemunhal produzida pelas rés vai ao encontro da narrativa da autora, e evidencia que o alisamento dos cabelos da reclamante não se deu por vontade própria, mas por imposição da ré, principalmente porque foi realizada quando da contratação, momento em que é cediço que o empregador pode ceder a qualquer capricho do pretenso empregador, para conseguir um posto de trabalho, em um mercado de trabalho com ofertas escassas, como o brasileiro.

A conduta da reclamada foi ofensiva à intimidade e à honra subjetiva da reclamada, em clara violação aos direitos da personalidade. O poder diretivo do empregador, embora reconhecido pelo ordenamento jurídico, encontra limites na dignidade da pessoa humana.

Assim, considerando a gravidade da conduta, o grau de culpa da ré, a capacidade econômica das partes e o caráter pedagógico resarcitório da pena, defiro ao reclamante o direito à compensação por dano moral, e fixo a indenização em R\$2.000,00." (Id. ee813a6)

A reclamada, BSW COMERCIAL MODAS LTDA, pugna pela reforma da sentença, argumentando, em síntese, que o depoimento da testemunha obreira deve ser desconsiderado, que sua testemunha foi taxativa ao afirmar que a reclamante não foi obrigada a alisar os cabelos, que não há prova robusta da suposta coação e que a autora continua a fazer progressiva meses após a demissão, conforme registrado em seu depoimento pessoal.

Decido.

Ressalto que o dano moral tem como pressuposto uma dor correspondente, oriunda de um ato ilícito/abuso de direito perpetrado por uma das partes da relação contratual.

A dor moral é a dor do espírito, é aquela que atinge as profundezas do ser, o recôndito do espírito, aquilo que ele possui de mais íntimo, aquilo que deveria ser indevassável, e uma vez atingido, de forma violenta e injusta, dificilmente desaparece. Sempre voltará à tona, à consciência do indivíduo, de acordo com as circunstâncias e o estado de espírito.

Um dos maiores juristas romanos de todos os tempos, Marco Túlio Cícero, já nos ensinava que o maior patrimônio dos grandes homens é sua honra.

A reparação do Dano Moral entre nós, atualmente, possui duas finalidades básicas, ou seja:

a) indenizar pecuniariamente o ofendido, proporcionando-lhe meios de mitigar, de amenizar, de arrefecer a dor experimentada em função da agressão moral a que foi acometido, em um misto de compensação e satisfação;

b) punir o causador do dano moral, inibindo novos casos lesivos, indesejáveis e nefastos ao convívio em sociedade.

Assim, por se tratar, a rigor, o dano moral, de um direito íntimo, subjetivo, a sua reparação não terá o condão de refazer-lhe o patrimônio material, que é peculiar nas reparações por dano material.

É oportuno citar Aristóteles, que, na sua magnífica obra *Ética a Nicômaco*, citado por De Plácido e Silva, diz que era preciso não somente não ofender o alheio, como dar a cada um o que é seu (justiça distributiva), como também respeitar o que é determinado pela moral. A Carta Magna, por sua vez, tutela os direitos da personalidade e como consequência da ofensa a esses direitos, com fulcro no artigo 5º, inciso V e X, da Constituição Federal, surge a reparação dos danos morais perpetrados (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, p. 133 e ss.).

A indenização terá um sentido compensatório, objetivando mitigar a dor sofrida pelo ato ilícito e lhe proporcionar momentos de felicidade e alegria, que criem condições, pelo menos em parte, de apagar as mazelas sofridas (valor compensatório da indenização). Para o lesionador tem um sentido de pena, funcionando como inibidora para evitar novas investidas do lesante, e ainda para aqueles que lhe cercam, tendo, com isto, um caráter pedagógico.

Fixadas estas premissas, tem-se que o dano moral trabalhista, segue os preceitos estabelecidos pelo Direito Civil, ao qual o Direito do Trabalho recorre-se subsidiariamente, mais propriamente no artigo 186 do Código Civil e artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal.

A responsabilidade civil requer à sua caracterização três elementos básicos: a ação ou omissão, ato ilícito, o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade entre este e aquela, consistindo o seu efeito na reparação pecuniária ou natural.

Para a efetiva caracterização do Dano Moral no Direito do Trabalho, é necessário que estejam presentes todos os elementos exigidos no ordenamento jurídico para que se realizem, concretamente, os efeitos desejados contra o lesante.

Portanto, a caracterização do direito à reparação do Dano Moral Trabalhista, no plano subjetivo, depende da concordância dos seguintes elementos: a) o impulso do agente (ação ou omissão); b) ato ilícito; c) o resultado lesivo, i.e., o dano; e d) o nexo etiológico de causalidade entre o dano e a ação alheia.

A rigor, o dano moral trata-se de *damnum in re ipsa*, ou seja, a simples análise das circunstâncias fáticas é suficiente para a sua percepção pelo magistrado. Dispensa-se, pois, comprovação, bastando, no caso concreto, a demonstração do resultado lesivo e a conexão com o fato causador, para responsabilização do agente.

De acordo com José Luiz Goñi Sein, em "*El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*", Madrid: Civitas, 1988. p. 313, "o pressuposto da indenização por dano moral é a existência do prejuízo, o qual se presume, sempre que se acredita na existência da intromissão ilegítima".

O Direito do Trabalho, sem dúvida, constitui um campo fértil para a ocorrência de danos morais, com muito mais intensidade contra o empregado.

No caso concreto, a pretensão é embasada na alegação de que a autora teria sido obrigada a alisar seus cabelos quando de sua contratação para se adequar ao padrão imposto pela reclamada e que sua supervisora "não aceitava vendedoras com cabelos crespos", o que teria causado constrangimento à reclamante.

Nesse sentido, a testemunha obreira corroborou a tese da inicial ao informar que outras vendedoras confirmaram que a reclamante foi compelida a realizar o alisamento, *verbis*:

"que quando foi admitida na loja ficou sabendo pelas colegas que a reclamante foi obrigada [sic]a fazer uma escova progressiva para alisar seu cabelo porque todos na loja tinham cabelo liso" (Id. 4d6d765)

Ademais, embora a testemunha da ré tenha negado que houve coação, seu depoimento indicou que a reclamada fazia "sugestões" quanto à aparência das empregadas e que não haviam vendedoras de cabelo crespo na época em que a autora trabalhou, *verbis*:

"que a reclamante não foi obrigada a alisar o cabelo quando da sua contratação; que como trabalham com moda dão algumas sugestões quanto à aparência; que procuram seguir as tendências; que na época da reclamante não havia nenhuma vendedora de cabelo crespo; que hoje em dia tem;" (Id. 4d6d765)

Os fatos narrados e os depoimentos colhidos evidenciam que o alisamento feito pela obreira foi decorrente de exigência da ré para padronização da aparência pessoal de suas vendedoras, pois ocorreu no momento em que a empregada estava mais suscetível ao arbítrio de sua empregadora para manter o novo emprego.

Com efeito, tal "sugestão" dirigida a uma trabalhadora recém-contratada numa loja onde só há vendedoras com cabelos lisos demonstra que foi ultrapassada a mera proposição.

É aceitável que uma empresa de moda, apresente sugestões de como o trabalhador deve se apresentar ao serviço, como se vestir de certa maneira para seguir uma "tendência", pois a aparência neste caso, é diretamente ligada à atividade econômica.

No entanto, determinar ou mesmo sugerir que o trabalhador altere uma característica natural de seu corpo, extrapola seu poder diretivo, atingindo diretamente a dignidade, a auto-estima e a intimidade do empregado.

Dessa forma, resta claro o dano sofrido pela autora.

Verificada a ocorrência, no caso, do ato ilícito da ré, bem como do dano moral inequivocamente sofrido pela autora, importa analisar o nexo causal entre o ato ilícito e dano.

É cediço que o dever ou obrigação de reparar um dano depende da existência de nexo causal entre certa conduta e o resultado danoso. Esta conduta analisada, na Justiça do Trabalho, é do empregador, diante de seus deveres de proteção em face do

empregado; e, também, do empregado, nos casos em que o empregador busca o rompimento da cadeia causal, por força da culpa exclusiva da vítima, ou fato da vítima ou de terceiros, bem como as excludentes dos fortuitos interno e externo (força maior).

Portanto, o nexo causal, nexo etiológico ou ainda relação de causalidade é geralmente conceituado como o vínculo que se estabelece entre dois eventos, de maneira que um se apresenta como consequência do outro. Por mais simples que pareça este conceito, o nexo causal é considerado na doutrina e jurisprudência como o mais difícil elemento da responsabilidade civil de ser aferido em concreto.

O art. 403 do Código Civil assim dispõe:

"Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual".

A escola que teve mais êxito ao explicar a teoria do dano direto e imediato e o nexo de causalidade foi a subteoria baseada na doutrina da necessariedade da causa que, criada por Dumoulin e Pothier, contou, aqui no Brasil, com o apoio de Agostinho Alvim (CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005).

De acordo com a vertente da necessariedade, o dever de reparar só surge quando o evento danoso é efeito necessário de determinada causa.

Para seus defensores, a expressão "direto e imediato" deve ser interpretada em conjunto com "necessário". Segundo essa linha de pensamento, ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, este só responde pelos danos que são consequência necessária do inadimplemento, mas, não pelos originados de outras circunstâncias de mera ocasião. Excluem-se, pois, os danos ulteriores, oriundos de novas causas, sempre que estas não sejam efeito imediato e direto do inadimplemento da obrigação. A teoria do dano direto e imediato distingue portanto, entre o conjunto de antecedentes causais, a causa das demais condições (CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 25).

Nesse sentido, conforme lição de Agostinho Alvim (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 384), a causa direta e imediata nem sempre é a mais próxima do dano, mas sim aquela que

necessariamente o ensejou, pois não é a distância temporal entre a conduta e o dano que rompe o nexo causal. "A ideia central, enunciada e repetida pelos autores é, pois, a de que o aparecimento de outra causa é que rompe o nexo causal e não a distância entre a inexecução e o dano". O dano indireto pode ser passível de ressarcimento, contanto que seja consequência direta de um ato ilícito ou de uma atividade objetivamente considerada. Em regra, conforme salienta Agostinho Alvim (*Idem. Ibidem.* p. 384), os danos indiretos ou remotos não são indenizáveis, porque quase sempre deixam de ser efeito necessário, em decorrência do aparecimento de concausas, mas se isso não ocorrer, eles devem ser indenizados.

A teoria do dano direto e imediato mostra-se mais apta a enfrentar o problema da causalidade múltipla. É a adotada no Brasil, segundo grande parte da doutrina, não obstante a jurisprudência ainda vacile a respeito.

Tal corrente não tem, como reconhece o próprio Agostinho Alvim (*Idem. Ibidem.* p. 384), o condão de resolver todas as dificuldades práticas que o tema suscita, mas é a que de modo mais simples traduz a ideia expressa no artigo 403 do CC. A simples demonstração de que outra concausa concorreu com a conduta do agente para a produção do dano não o exime do dever de indenizar, no máximo, atenua sua responsabilidade. Para que se exclua seu dever de indenizar, é preciso que se comprove que houve interrupção da cadeia causal.

Na prática, como se vê, a difícil questão de se saber onde chega o nexo causal, já salientava Enneccerus, não se pode resolver "nunca de una manera plenamente satisfactoria mediante reglas abstractas, sino que em los casos de duda há de resolverse por el juez segun su libre convicción, ponderando todas las circunstancias" (ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. *Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones*. Tradução de Blas Pérez González e José Alguer da 35 ed. Alemã. 2 ed. Barcelona: Bosch, 1954, Tomo II. *Apud*: CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 111).

E, ressalte-se, sem perder de vista a vítima, que deve ser, sempre que possível, amparada pelo direito, embora não a qualquer custo.

Veja-se como essa teoria tem sido aplicada pelo Supremo Tribunal Federal:

"Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6.º do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - Em nosso

sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexo de causalidade inexiste, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6. do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido". (RE 130764, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 12/05/1992, DJ 07-08-1992 PP-11782 EMENT VOL-01669-02 PP-00350 RTJ VOL-00143-01 PP-00270)

No caso concreto, há nexo causal, pois o dano moral sofrido pela reclamante é efeito direto e imediato da conduta abusiva da ré, que impôs a alteração de uma característica física natural de sua empregada, atingindo diretamente sua dignidade, auto-estima e intimidade (arts. 186/187, 932, III e 933, todos do CCB).

Após as considerações acima, temos que, quanto à estimativa do *quantum* indenizatório, a mesma não é tão singela, não sendo realizada mediante um simples cálculo aritmético, mas com critério, em que o magistrado deve verificar em cada caso, a repercussão econômica e social, a situação financeira das partes e a duração da lesão.

Sobre o tema, aliás, em ensaio doutrinário de minha autoria, indiquei determinados parâmetros que o magistrado poderá levar em consideração para arbitramento do referido valor, *in verbis*:

- "a) as condições econômicas, sociais e culturais de quem cometeu o dano e principalmente de quem o sofreu;
- b) a intensidade do sofrimento do ofendido;
- c) a gravidade da repercussão da ofensa;
- d) a posição do ofendido;
- e) a intensidade do dolo ou o grau de culpa do responsável;

- f) um possível arrependimento evidenciado por fatos concretos;
- g) a retratação espontânea e cabal;
- h) a equidade;
- i) as máximas de experiência e do bom-senso;
- j) a situação econômica do país e dos litigantes;
- k) o discernimento de quem sofreu e de quem provocou o dano."

(SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano moral na dispensa do empregado*, 5^a edição. Ed. LTr, São Paulo: 2015. p. 247)

Dessa forma, considerando que a repercussão danosa é íntima, não sendo possível estabelecer com precisão a sua extensão e atentando para os parâmetros da razoabilidade e critérios suso mencionados, ressaltando a natureza e gravidade da conduta perpetrada pela reclamada, o vetor pedagógico e, por fim, a capacidade econômico-financeira da recorrida, entendo que o montante compensatório fixado na origem em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), revela-se adequado ao caso em apreço.

Nego provimento.

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

A recorrente impugna os cálculos de liquidação elaborados pelo Juízo de Origem apresentando as planilhas de Ids. 0ab67bc e c616585.

Sustenta que há incorreção quanto aos valores apurados a título de horas extras nos meses de dezembro, uma vez que foram computadas horas prestadas nos domingos, em desacordo com a jornada fixada na sentença.

Acrescenta que, embora as horas extras tenham sido deferidas de acordo com a Súmula nº340 do col. TST, tendo em vista que a reclamante recebia salários como comissionista, os cálculos não observaram a determinação judicial.

Aduz que tais incorreções prejudicam os valores apurados a título de

diferenças de RSR, 13º salário, férias, aviso prévio, FGTS e indenização de 40% bem como a apuração da incidência previdenciária e SAT.

Por fim, afirma que o DSR deve corresponder a 1/6 das horas extras e que o número de avos relativo a diferença de 13º salário proporcional de 2014 é na razão de 10/12 e não 11/12, conforme apurado pela contadora.

Decido.

Verifica-se, pelo cotejo entre a sentença primeva e os cálculos de liquidação anexados a ela que, de fato, não foram observados os termos da Súmula nº 340 do col. TST para o cômputo das horas extras, como determinado no julgado, uma vez que, embora a reclamante fosse remunerada unicamente com base nas vendas realizadas, os cálculos consideraram como comissões apenas os valores pagos por fora.

Ademais, constata-se que foi aplicado o divisor 220 na apuração, quando o correto, de acordo com a referida súmula, é calcular o adicional sobre o valor-hora das comissões recebidas no mês, considerando-se como divisor o número de horas efetivamente trabalhadas.

No que tange ao cômputo de domingos na apuração de horas extras dos meses de dezembro, deve ser observado que a sentença fixou a jornada semanal sem considerá-los.

Tendo em vista as incorreções apontadas no cálculo das horas extras, resta prejudicada a apuração quanto aos reflexos deferidos e contribuições previdenciárias, impondo-se o refazimento do cálculo dessas parcelas.

Quanto à repercussão das parcelas deferidas no 13º salário proporcional, constata-se que de fato, houve equívoco no cálculo, uma vez que foi considerada a razão de 11/12, quando o correto seria 9/12, tendo em vista que o cumprimento do aviso prévio se encerrou em 01/10/2014.

No que tange ao cálculo dos repousos semanais remunerados, não assiste razão à recorrente, uma vez que eles foram apurados através do Sistema Juriscalc, utilizando-se os critérios adotados por este egr. Tribunal, que levam em consideração os dias úteis, os domingos e feriados.

Dessarte, dou parcial provimento ao apelo da reclamada para determinar o refazimento dos cálculos de liquidação nos termos da fundamentação supra.

PREQUESTIONAMENTO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Consideram-se prequestionados todos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais invocados, ainda que não expressamente mencionados na decisão, nos termos da OJ nº 118 da SDI-I e da Súmula nº 297, ambas do col. TST.

Também, ficam advertidas as partes de que a interposição de embargos declaratórios para revolver fatos e provas, ausente qualquer omissão, contradição, obscuridade ou equívoco na análise dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal ensejará a aplicação da multa cominada no parágrafo único do art. 538 do CPC.

DISPOSITIVO

Acordam os Desembargadores que compõem a 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, por unanimidade, **CONHECER** do recurso ordinário interposto pela reclamada e, no mérito, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO** para determinar o refazimento dos cálculos de liquidação, nos termos da fundamentação do voto do Excelentíssimo Desembargador Relator que passa a integrar este dispositivo.

Rio de Janeiro, 08 de março de 2016.

Desembargador do Trabalho ENOQUE RIBEIRO DOS SANTOS

Relator