



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO

PROCESSO nº 0000545-75.2016.5.12.0026 (RO)

RECORRENTE: _____ / **ADVOGADOS ASSOCIADOS**

RECORRIDO: _____

RELATORA: VIVIANE COLUCCI

VÍNCULO DE EMPREGO. ADVOGADA. RECONHECIMENTO.

Estando evidenciado nos autos que a autora não possuía autonomia na consecução dos seus serviços junto à sociedade de advogados, sua condição formal de associada e, posteriormente, de sócia do réu não obsta o reconhecimento da relação de emprego entre as partes, em atenção ao princípio da primazia da realidade. Com efeito, ficou comprovado nos autos que as determinações do réu perante a autora não se tratavam de meras diretrizes societárias, mas de típica subordinação jurídica.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da 3ª Vara do Trabalho de Florianópolis/SC, sendo recorrente _____ **ADVOGADOS ASSOCIADOS** e recorrida _____.

Inconformado com a sentença em que foram julgados parcialmente procedentes os pedidos formulados pela autora, recorre o réu, pretendendo sua reforma no que tange ao vínculo de emprego, às horas extras e à justiça gratuita.

Contrarrazões são apresentadas pela autora.

É o relatório.

V O T O

Conheço do recurso e das contrarrazões, porquanto estão atendidos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

M É R I T O

1 - VÍNCULO DE EMPREGO

A Magistrada sentenciante entendeu que, a despeito de a autora ter figurado como associada e, após, como sócia do réu, era subordinada a ele, o qual exercia poderes diretivo e disciplinar. Assim, reconheceu o vínculo de emprego entre as partes, na função de advogada, no período de 12/07/2013 a 09/04/2016, com salário de R\$ 2.833,43.

Inconformado, aduz o réu, em resumo, que: em um primeiro momento, a autora atuou como sua associada, com base no disposto no art. 39 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, que regulamentou a Lei nº 8.906/1994, sem vínculo de emprego; a prova oral e o depoimento da autora evidenciam a inexistência dos elementos dos arts. 2º e 3º da CLT; ficou evidente a amizade existente entre a testemunha _____ e a autora, em razão do teor das fotografias juntadas aos autos, diante do que seu depoimento deve ser desconsiderado; o depoimento da testemunha _____ também não pode ser considerado, pois configurada a situação prevista no art. 829 da CLT; o depoimento da testemunha _____ foi claro quanto à condição de associada da autora. Quanto ao segundo período, no qual a autora passou a atuar como sócia do réu, defende o recorrente, em síntese, que: o sócio com quotas de serviço é sócio de uma sociedade de advogados como os demais, e não empregado; o Provimento nº 92/2000 do Conselho Federal da OAB, art. 2º, V, que somente autorizava quotas de capital em sociedades de advogados, foi revogado pelo Provimento nº 112/2006; o depoimento da testemunha _____ comprova a tese recursal; configurou-se o elemento *affectio societatis*, pois a autora participava de reuniões deliberativas de metas, tinha contato direto com os clientes, detinha autonomia para tomar decisões quanto a recursos e acordos, fazia seu horário, recebia honorários de sucumbência e participava dos resultados. Por conseguinte, em sendo afastado o reconhecimento da relação de emprego, pugna pelo afastamento também da condenação ao pagamento dos consectários legais.

Seu inconformismo não merece prosperar.

A caracterização da relação de emprego requer a configuração dos elementos constantes dos arts. 2º e 3º da CLT, quais sejam, a pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação, sendo que esse último se traduz no pressuposto que mais diferencia o trabalhador autônomo do empregado.

Ao negar o vínculo de emprego e admitir a prestação de serviço, o réu atrai para si o ônus probatório de demonstrar que a relação havida não ocorreu nos moldes dos arts. 2º e 3º da CLT (art. 818 da CLT c/c art. 373, inc. II, do NCPC).

No caso em pauta, os elementos correspondentes à pessoalidade, onerosidade e não eventualidade estão nítida e incontroversamente presentes, restando investigar a existência, pois, do pressuposto da subordinação.

Coaduno do entendimento de origem no sentido de que a prova oral logrou

demonstrar a presença da subordinação da autora ao réu, não permitindo, assim, o reconhecimento judicial da sua condição de associada/sócia.

Inicialmente, assevero que as contraditas oferecidas pelo réu às testemunhas _____ e _____ não foram aceitas pelo Juízo *a quo*. Com efeito, não há prova nos autos a sustentar a amizade íntima entre a autora e as testemunhas, sendo que a fotografia juntada, por si só, não se presta para evidenciar a suspeição referida no art. 829 da CLT.

A testemunha _____, ouvida a convite da autora, depôs que "todos que ingressavam no escritório participavam de processo seletivo tal qual a depoente participou", o que já sinaliza a inexistência de associação ou sociedade com o réu. Também relatou ter-lhe sido dito, quando da contratação, a jornada que deveria cumprir e destacou, ainda, que:

eram subordinados à coordenadora Daiana que ficava na mesma sala e à gerente Júlia que ficava em outra sala [...]; **os emails enviados eram sempre com cópia para elas**; [...]; Todo início de ano era fixada uma meta coletiva e individual, como por exemplo de acordos, sentenças de improcedência, encerramento de processos; [...]; **era a gerente ou coordenadora que passava ao advogado determinado cliente, não era o advogado quem escolhia**; **nem a autora nem a depoente tinham subordinados ou estagiários**; [...]; a depoente não tinha acesso à contabilidade do escritório; a autora como sócia de serviço também não tinha acesso; [...]; na prática não havia nenhuma diferença entre sócio de serviço e associado; [...]; **toda vez que tinha que entrar em contato com o cliente, primeiro tinha que falar com a coordenadora e ela tinha que autorizar; essa mesma dinâmica também era para fechamento de acordos**; [...]; os sócios de Porto Alegre vieram a Florianópolis e no dia 24 de fevereiro fez uma reunião e comunicou a **dispensa coletiva** de todos, informando que trabalhariam até 18/03/2016, mas por volta do dia 04/03/2016, como o clima estava "horrrível", quando voltaram do almoço, os computadores já estavam bloqueados e já não conseguiram mais trabalhar, sendo assim dispensados; [...]; **toda vez que a área de gestão de risco diagnosticava um problema do advogado, uma falha, isso implicava numa espécie de advertência chamada "não conformidade"**; [...]; **a depoente nunca assinou nenhuma das peças que produziu, nem a autora**; quem assinava as peças eram a gerente ou os sócios de capital; não participavam de reuniões da sociedade, só daquelas que tratavam das metas; [...]. (Grifei).

A ausência de autonomia na prestação dos serviços advocatícios torna-se flagrante em tal depoimento testemunhal, tanto o é que, como visto, a autora sequer escolhia seus clientes, sendo que o contato com eles acabava sendo sempre intermediado pela coordenadora. Outros aspectos, como a referência à "dispensa coletiva" e à existência de penalidade intitulada de "não conformidade" também conduzem à ilação quanto à existência de subordinação na relação jurídica havida entre as partes.

Por sua vez, a segunda testemunha trazida pela autora, _____, afirmou o
que segue:

a depoente iniciou como advogada associada e depois, por imposição da reclamada passou a figurar no contrato social; **foi dito que todos teriam que passar a sócio de serviço** e como o colega Fábio não aceitou ele foi demitido; nada mudou quanto à forma de prestação de serviços, nem remuneração entre associada e sócia; [...]; depois que houve essa alteração, todos que ingressaram no contrato como sócios tiveram que fazer uma inscrição

suplementar na OAB do Rio Grande do Sul, sendo certo que quem fez todo o pagamento da inscrição e da anuidade suplementar foi a reclamada; [...]. (Grifei)

As assertivas trazidas por essa testemunha, igualmente, demonstram que o direcionamento do negócio era efetuado pelo réu, sem autonomia e ingerência por parte dos advogados associados ou sócios.

Por fim, a testemunha _____, trazida pelo réu, explicou que também trabalhou para ele como associada e, depois, como sócia, sendo que as atividades e a remuneração não se alteraram com tal mudança. No mais, não trouxe muitas afirmações relacionadas especificamente à relação contratual da autora e, diferentemente do sustentado pelo recorrente, tal depoimento, a meu ver, não sustenta a tese de defesa, pois, além de não trazer nenhuma afirmação contundente a sustentar a autonomia na prestação dos serviços pela autora, é frágil se comparado com o depoimento das outras duas testemunhas, que esclareceram questões cruciais ao deslinde da questão posta em Juízo.

Impende destacar, outrossim, ter o preposto do réu afirmado, em audiência, que:

no mesmo dia da autora, saíram do escritório mais 15 advogados, porque o escritório optou por migrar duas operações de grande porte (banco HSBC e operação de seguros referentes a quatro clientes, (_____, _____, _____ e _____) para Curitiba e Porto Alegre; os sócios diretores do escritório decidiram por essas migrações e os advogados vinculados a essas demandas ficaram sem atividades; naquela oportunidade, não havia oportunidade de aproveitamento dos 15 advogados em outras atividades.

A forma confessada de como se deu o término da relação havida entre as partes soou como nítida despedida nos moldes trabalhistas, visto que a iniciativa fora unicamente por parte do réu, visando a seus exclusivos interesses afetos à organização societária. Pelo depoimento do próprio preposto, assim, verifica-se que não havia o *animus societatis*, pois se sócia fosse, a autora deliberaria junto aos demais sócios acerca da diretriz a ser tomada na sociedade e, eventualmente, quanto à sua dissolução ou, ainda, quanto a um possível distrato. Mas, como visto, os termos do depoimento acima transcrito deixam claro que a saída da autora dos quadros do réu assumiu a feição de verdadeira rescisão do contrato de emprego, exercendo o réu o poder potestativo de dispensa da autora, poder esse que não se configuraria se a hipótese fosse de existência real de sociedade entre as partes.

A propósito, impende destacar que a Magistrada de origem analisou a celeuma primordialmente a partir da análise da prova oral, análise essa feita de forma minuciosa e exaustiva, cujas algumas conclusões merecem ser aqui transcritas, as quais também adoto como razões de decidir:

Já o depoimento pessoal da preposta da reclamada evidencia, ainda que de forma não abertamente explícita, a incoerência de efetiva autonomia típica da atuação advocatícia no caso da reclamante (seja na condição de associada ou sócia), quando menos porque admitiu que na percepção da reclamada a opção de algum advogado por eventualmente preferir

permanecer associado ao invés de entrar como sócio, o que já demonstra poderia demonstrar algum descolamento de interesses imposição de típica visão empresarial subordinante. E do mesmo modo - mas aqui já de forma um tanto quanto mais cristalina se dá quanto ao confessado fato de que por decisão unilateral dos sócios diretores da reclamada foram extintas, em decorrência de "migrações" para outros centros estaduais, as operações com clientes que demandavam a prestação de serviços da reclamante e outros 15 advogados em Florianópolis, os quais numa mesma data acabaram, por assim dizer, sendo "desassociados", tendo a preposta empresarial referida expressamente que (grifei), por óbvio do quadro a reclamante foi desligada de prestadores de serviços da reclamada, o que equivale a ter sido despedida por novamente por exclusiva decisão unilateral dos sócios diretores da reclamada. Ainda, também reconheceu a preposta da reclamada que a gestão de riscos do escritório classificava como 'não conformidade' eventual divergência formal, o que implica em poder diretivo também típico da uma visão das peças que eram enviadas ao protocolo empresarial subordinante.

[...]

Ressalto aqui, quando menos para evitar a interposição de embargos declaratórios desnecessários, que não obstante mesmo em relações jurídicas tipicamente societárias possam os majoritários tomar decisões que afetem os minoritários, tal não se dá de modo tal como evidenciado nos presentes autos, que muito mais indicam - até aqui no mínimo indiciariamente - a configuração de típica relação de subordinação.

Portanto, da prova oral dos autos exsurge que, diferentemente do sustentado pelo réu, a autora não possuía autonomia na consecução dos seus serviços junto à sociedade de advogados, de sorte que a condição formal de associada e, posteriormente, de sócia do réu não obsta o reconhecimento da relação de emprego entre as partes, em atenção ao princípio da primazia da realidade. Com efeito, ficou comprovado nos autos que as determinações do réu perante a autora não se tratavam de meras diretrizes societárias, mas de típica subordinação jurídica, motivo pelo qual os argumentos recursais, de que a autora assinou e leu o contrato de associação no momento da contratação, de que havia participação nos lucros e de que nunca lhe fora prometida a anotação em CTPS, não transmudam a conclusão do Juízo no tocante à caracterização do vínculo empregatício, mesmo porque não poderia o réu beneficiar-se da própria torpeza.

Por conseguinte, os argumentos recursais relativos ao Provimento nº 92/2000 do Conselho Federal da OAB e à previsão contida no art. 39 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB no sentido de que "Art. 39. A sociedade de advogados pode associar-se com advogados, sem vínculo de emprego, para participação nos resultados", não socorrem o réu, porquanto, no presente caso, ficaram caracterizados os pressupostos constantes dos arts. 2º e 3º da CLT, aplicando-se, assim, o disposto no art. 9º da CLT.

Ademais, merece ser observado o princípio da imediatidade, privilegiando o contato pessoal do Magistrado que dirigiu a audiência e do qual se pode extrair melhor compreensão dos fatos. Vale dizer, em razão do contato direto do Magistrado com as testemunhas, possui maior capacidade de avaliar a credibilidade que merecem os depoimentos e, sendo assim, deve prevalecer a conclusão do magistrado que dirigiu a instrução do feito e proferiu a sentença, pois esteve frente a frente com as testemunhas e pôde verificar as expressões faciais, o timbre da voz e os receios no momento de

dar as respostas.

Nesse sentido é a lição de Manoel Antonio Teixeira Filho, para quem:

O Juiz poderá acompanhar - olhos nos olhos - a reação emocional das partes e das testemunhas diante das perguntas efetuadas, verificando se as respondem com segurança, se tergiversam, se procuram contorná-las com evasivas, se o fazem com serenidade ou com grande nervosismo e o mais; é nesse instante, enfim, que o Juiz, mais do que um condutor da audiência, age como analista sutil do psiquismo humano, habilidade que a experiência lhe vai gradativamente aprimorando. (*in* "A Sentença no Processo do Trabalho". São Paulo: LTr, 1994, p. 82).

Assim, cabe reconhecer que a análise dos depoimentos transcritos na ata de audiência, nesta instância recursal, não pode olvidar da percepção expressa pelo Juízo de origem, mormente quando destacados na sentença os aspectos que formaram seu convencimento acerca da valoração da prova.

Dessarte, não merece reforma a sentença na qual foi reconhecida a existência de relação de emprego entre as partes e deferidos os consectários legais.

Registro, por fim, que demandas semelhantes, propostas em face do mesmo réu, já foram objeto de análise por este Tribunal (RO 0000562-87.2016.5.12.0034, relator Des. Wanderley Godoy Junior, RO 0000583-63.2016.5.12.0034, relator Des. Roberto Basilone Leite), ocasião em que fora igualmente reconhecida a existência do vínculo de emprego.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso no particular.

2 - HORAS EXTRAS

A Magistrada sentenciante fixou a jornada de trabalho da autora com base na análise da prova oral e no contido na petição inicial, como sendo de segunda a sexta-feira, das 8hs30min às 20hs30min, com 90 minutos de intervalo intrajornada e deferiu o pagamento de horas extras.

Rebela-se o recorrente, alegando a inexistência de relação de emprego entre as partes e que foram desprezadas as peculiaridades da prova colhida nos autos, diante da suspeição das testemunhas _____ e _____, da contradição entre o depoimento da recorrida e da testemunha _____, e dos termos do depoimento da testemunha _____. Assim, requer o afastamento da condenação ao pagamento de horas extras e, sucessivamente, que a jornada seja considerada das 9hs30min às 18hs30min, com 1h30min de intervalo; que as horas extras sejam calculadas somente sobre a parcela fixa de honorários, sem reflexos, diante da ausência de habitualidade; e que seja observado o adicional de 50%, e não de 100% como determinado.

Razão não lhe assiste.

Inicialmente, assevero que as questões concernentes à caracterização do vínculo de emprego e à ausência de suspeição das testemunhas ouvidas a convite da autora já foram tratadas no tópico anterior, a cujos fundamentos me reporto.

Em regra, o ônus da prova quanto ao labor extraordinário incumbe ao empregado, por ser fato constitutivo de seu direito (art. 818 da CLT c/c art. 373, inc. I, do novo CPC). Contudo, na hipótese de o empregador, sem justificativa, não apresentar os cartões de ponto, há inversão do ônus probatório, o qual passa a ser do empregador (Súmula nº 338, I, do TST, art. 74, §2º, da CLT).

In casu, a autora alegou, na inicial, que fora contratada para trabalhar de segunda a sexta-feira, das 8hs30min às 18hs30min, com 1h30min de intervalo, mas que elástica diariamente sua jornada, no mínimo, até às 20hs e, por vezes, até às 23hs30min. Referiu, assim, que trabalhava, em média, das 8hs30min às 20hs30min, com 1h30min de intervalo, jornada essa acolhida na decisão recorrida.

A primeira testemunha trazida pela autora, _____, depôs que trabalhava até às 21hs, mas que a autora saía um pouco mais cedo, em torno de 20hs/20hs30min. Disse, ainda, que "na época em que assumiram a empresa Telecom em 2014, a depoente trabalhou por quatro ou cinco meses, mas a autora já trabalhava nessa equipe antes e nesse período a depoente saía próximo das 24h e a autora em torno das 23h/23h30min, porque tinham em média 60 prazos por dia para cada um da equipe de oito a 10 advogados".

A segunda testemunha ouvida a convite da autora, _____, afirmou que ela e a autora iniciavam o labor às 8hs30min; que ela saía às 18hs30min, mas que a autora continuava.

Vê-se, portanto, que, diferentemente do referido nas razões recursais, a jornada de trabalho não foi fixada, pelo Juízo, somente com base no depoimento da testemunha _____, mas também no da outra testemunha ouvida a convite da autora, sendo que ambos os depoimentos confirmaram as informações contidas na exordial quanto ao horário de trabalho praticado pela obreira.

Ademais, não verifico contradição nos depoimentos das testemunhas _____ e _____, pois condizentes com o exposto na inicial.

Por sua vez, a testemunha trazida pelo réu, _____, assim depôs: "a depoente trabalhava das 8h30min/9h às 18h/18h30min; a autora chegava às 9h/9h30min/10h/11h e às vezes saía com a depoente e às vezes ficava".

Considerando, no entanto, a distribuição do ônus da prova quanto à matéria, bem como que o depoimento das outras duas testemunhas foram uníssonos quanto à jornada laboral e, ainda, considerando o princípio da imediatidade, reputo correto o horário de trabalho arbitrado na origem, o qual justifica o deferimento do pagamento de reflexos, diante da incontestável habitualidade na prestação de horas extras.

Por fim, não merece reforma a decisão no tocante à aplicação do adicional de 100% para o cálculo das horas extras, pois condizente com a previsão contida no art. 20, §2º, do Estatuto da Advocacia e da OAB. Lembro, nesse passo, que o §1º do art. 59 da CLT prescreve que "A remuneração da hora extra será, **pelo menos**, 50% (cinquenta por cento) superior à da hora normal" (grifei), de sorte, pois, que deve ser observado percentual maior se assim definido em lei ou em outro diploma normativo.

Nego provimento.

3 - JUSTIÇA GRATUITA

Alega o recorrente que, na inicial, a recorrida postulou a concessão da assistência judiciária gratuita, e não do benefício da justiça gratuita e que, apesar de tal benefício poder ser concedido de ofício, a autora é advogada e não poderia obter benefícios da declaração de miserabilidade.

Sem razão.

No tópico 3.16 da peça de ingresso, intitulado "Da assistência judiciária, dos honorários advocatícios e da indenização de despesas à luz do Código Civil", a autora declarou, expressamente, não ter condições financeiras para demandar em Juízo sem prejuízo próprio e de sua família, pugnano pelo deferimento do benefício da assistência judiciária gratuita e pelo pagamento dos honorários advocatícios.

A assistência judiciária gratuita se traduz na gratuidade de patrocínio da causa por advogado e na isenção das despesas processuais, enquanto que o benefício da justiça gratuita diz respeito apenas à isenção das custas e despesas processuais. Denota-se, portanto, que a justiça gratuita é espécie do gênero assistência judiciária.

Assim, em que pese a autora ter denominado o pedido de "assistência judiciária" e não somente de "justiça gratuita", não há olvidar que sua pretensão era a de isenção de custas e despesas processuais, seja porque o conceito de "assistência judiciária gratuita" abrange a "justiça gratuita", seja porque declarou sua condição de hipossuficiência.

No que diz respeito à declaração de hipossuficiência, assim dispõe o art.

99 do NCPC:

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Da leitura do referido texto extraio que existe presunção estabelecida em lei quanto ao estado de insuficiência econômica declarado pela autora.

Ademais, há mandamento constitucional assegurando a justiça gratuita a quem é desprovido de recursos (CRFB/1988, art. 5º, inciso LXXIV).

Dessarte, tendo a autora declarado não possuir condições de litigar sem prejuízo do sustento próprio e familiar - alegação não desconstituída pela parte contrária -, deve-lhe ser concedido o benefício da justiça gratuita.

Mantenho.

ACORDAM os membros da 1ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO**. No mérito, por igual votação, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**. Manter o valor provisório da condenação fixado na sentença. Custas na forma da lei. Sustentaram oralmente o Dr. Mauricio de Carvalho Goes, advogado de _____ Advogados Associados, e o Dr. Kleber Ivo dos Santos, advogado de _____. Intimem-se.

Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 18 de abril de 2018,

sob a Presidência da Desembargadora Viviane Colucci, os Desembargadores Wanderley Godoy Junior e Hélio Bastida Lopes. Presente o Procurador Regional do Trabalho, Dr. Alexandre Medeiros da Fontoura Freitas.

VIVIANE COLUCCI
Desembargadora-Relatora