



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

A C Ó R D ã O
(4ª Turma)
GMCB/ca

RECURSO DE REVISTA.

1. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. VÍNCULO DE EMPREGO. TOMADOR DOS SERVIÇOS. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL.

A aferição da licitude da terceirização no âmbito desta Corte Superior demandava prévia análise do objeto da contratação. Isso porque sempre se entendeu pela impossibilidade da terceirização de serviços ligados à atividade precípua da tomadora de serviços, com o fim de evitar a arregimentação de empregados por meio da intermediação de mão de obra e, por consequência, a precarização de direitos trabalhistas (Súmula nº 331, itens I e III).

A questão, contudo, foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal na ADPF 324 e no RE 958.252, em repercussão geral, os quais foram julgados conjuntamente em 30.8.2018, ocasião em que foi fixada a seguinte tese jurídica: "É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante." Desse modo, a partir dessa data, em razão da natureza vinculante das decisões proferidas pelo excelso Supremo Tribunal Federal nos aludidos feitos, deve ser reconhecida a licitude das terceirizações em qualquer atividade



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

empresarial, de modo que a empresa tomadora apenas poderá ser responsabilizada subsidiariamente. Na espécie, a Corte Regional reconheceu que a primeira reclamada atuava como mera intermediadora da relação de emprego havida entre autor e segunda reclamada, caracterizando contratação por intermédio de pessoa jurídica interposta, em evidente fraude a legislação trabalhista, atraindo a aplicação do artigo 9º da CLT. Assim, concluiu que era nulo o contrato de trabalho firmado com a primeira reclamada, impondo-se reconhecer o vínculo de emprego diretamente com a segunda demandada, tomadora dos serviços do autor. Referida decisão destoa do entendimento do E. Supremo Tribunal Federal.

Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.

2. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. NÃO CONHECIMENTO.

Segundo o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior é ônus do empregador que conta com mais de 10 empregados manter o registro da jornada de trabalho dos seus funcionários, sendo que a não apresentação injustificada dos mencionados controles gera presunção relativa de veracidade quanto ao horário de labor alegado na petição inicial, a qual pode ser elidida por prova em contrário. Na espécie, o egrégio Tribunal Regional reconheceu que diante da ausência dos cartões-ponto do autor, presumia-se verdadeira a jornada declinada na petição inicial, com as limitações impostas pela prova testemunhal, sendo razoável a jornada fixada na origem, a saber, de segunda a quinta-feira, no



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

[REDACTED], das 14h às 19h; às sextas-feiras, no [REDACTED], das 8h às 14h, além do trabalho em dez horas por mês fixado em decorrência dos chamados de urgência informados pelas testemunhas. Assim, concluiu que o adicional de horas extraordinárias era devido apenas quando o aumento da jornada ultrapassasse o limite de 8 horas diárias, ou quando houvesse trabalho além do horário contratual, como na hipótese de chamados de urgência, tal qual deferido em sentença. Premissas fáticas incontestas à luz da Súmula nº 126. Inteligência da Súmula nº 338, I. Incidência do óbice contido no artigo 896, § 7º, da CLT e na Súmula nº 333. **Recurso de revista de que não se conhece.**

3. HORAS DE SOBREAVISO. NÃO CONHECIMENTO.

Consoante o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, o uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, exceto quando o empregado, à distância e submetido a controle patronal por referidos instrumentos, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso (Súmula nº 428).

Na espécie, a egrégia Corte Regional consignou que o regime de sobreaviso ocorria durante uma semana inteira a cada mês, de segunda à segunda, durante 24 horas por dia, período em que o médico da escala deveria permanecer com o telefone ligado para eventual chamado de urgência, restando caracterizado o regime de sobreaviso,



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

fazendo jus o autor ao pagamento das horas de sobreaviso. Incidência do óbice contido na Súmula nº 126 a inviabilizar o revolvimento necessário para se infirmar a conclusão exposta pela instância ordinária.

Recurso de revista de que não se conhece.

4. DANO MORAL. COMPENSAÇÃO. DESCUMPRIMENTO. OBRIGAÇÕES LEGAIS E CONTRATUAIS. NÃO CONHECIMENTO.

Prevalece nesta Corte Superior o entendimento de que apenas o atraso reiterado no pagamento de salários causa lesão à dignidade do empregado, uma vez que fere os direitos da personalidade quando o empregado não consegue honrar seus compromissos e sustentar sua própria família. Precedentes da SBDI-1.

Ademais, a jurisprudência pacífica desta colenda Corte Superior apenas defere compensação por danos morais nas hipóteses em que houve inadimplemento de verbas rescisórias quando comprovado ao menos algum fato objetivo a partir do qual pudesse se deduzir o abalo moral, como o seria, por exemplo, a inscrição em cadastro de inadimplentes.

Precedentes.

Na espécie, a egrégia Corte Regional consignou que ao negar o reconhecimento da relação de emprego, a segunda demandada descumpriu diversas obrigações trabalhistas inerentes ao contrato, justificando, inclusive, a rescisão indireta. E acrescentou que foi demonstrado o atraso no pagamento de salários, uma vez que ausente prova do seu correto adimplemento, ônus que competia à reclamada, diante do princípio da aptidão para a prova. Assim, concluiu



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

que o autor ressalvou o inadimplemento desde junho de 2008, de forma que o inadimplemento de salários e outras obrigações trabalhistas autorizava a presunção de existência de dano moral, a ensejar o pagamento de compensação. Não há, portanto, qualquer menção sobre quanto tempo houve atraso no pagamento de salários e sobre eventual inscrição do nome do autor em cadastro de inadimplentes e não cuidou a segunda reclamada de buscar manifestação a esse respeito, o que atrai a incidência do óbice da Súmula 297. Logo, nesse aspecto, não há elementos suficientes delineados no v. acórdão a justificar a exclusão da condenação da reclamada ao pagamento de compensação por danos morais.

Recurso de revista de que não se conhece.

5. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUSTIÇA DO TRABALHO. REQUISITOS. SÚMULA Nº 219, I. PROVIMENTO.

É pacífico o entendimento, no âmbito deste Tribunal Superior, no sentido de que mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, na Justiça do Trabalho, os honorários advocatícios não decorrem exclusivamente da sucumbência, devendo a parte comprovar, concomitantemente, estar assistida por sindicato da categoria profissional e a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Na hipótese, restou incontroverso que o reclamante não está assistido por sindicato de classe, não fazendo jus a percepção dos honorários advocatícios. Inteligência da Súmula



PROCESSO N° TST-RR-67-98.2011.5.04.0015
n° 219, I. Recurso de revista de
conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de
Recurso
de Revista n° **TST-RR-67-98.2011.5.04.0015**, em que é Recorrente
[REDAZIDO] e Recorridos
[REDAZIDO] e [REDAZIDO].

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª
Região,
mediante o v. acórdão de fls. 1039/1077 - numeração eletrônica -, deu
provimento parcial ao recurso ordinário da reclamante para condenar
as reclamadas ao pagamento de horas extraordinárias, de horas de
sobreaviso, de compensação por danos morais e de honorários
advocatícios. Por outro lado, deu provimento parcial ao recurso
ordinário da segunda reclamada, mantendo, porém, a r. sentença quanto
à responsabilização solidária e ao reconhecimento de vínculo de
emprego entre as partes.

A segunda reclamada interpõe recurso de revista,
buscando a reforma da v. decisão (fls. 1083/1111 - numeração
eletrônica).

Despacho de admissibilidade do recurso de revista
(fls. 1127/1128 - numeração eletrônica).

Apresentadas contrarrazões (fl. 1139 - numeração
eletrônica).

O d. Ministério Público do Trabalho não oficiou nos
autos.

É o relatório.

V O T O

1.

CONHECIMENTO

1.1. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, passo ao exame dos pressupostos intrínsecos.

1.2. PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

1.2.1. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. VÍNCULO DE EMPREGO. TOMADOR DOS SERVIÇOS.

O egrégio Colegiado Regional, em relação ao tema, assim decidiu:

“RELAÇÃO DE EMPREGO. SOLIDARIEDADE

A sentença reconheceu a existência de relação de emprego entre autor e segunda reclamada. Entendeu caracterizada terceirização ilegal de serviços, porquanto referente à atividade-fim da segunda ré.

(...)

Examina-se.

Diante do reconhecimento da prestação de trabalho do autor, a segunda reclamada atraiu para si o ônus da prova da legalidade da relação de natureza diversa da empregatícia nos termos do art. 818 da CLT e art. 333, II, do CPC, do que não se desincumbiu.

Ao contrário, a prova produzida evidencia a presença dos requisitos dos arts. 2º 6 3º da CLT na relação jurídica havida entre as partes, quais sejam, pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.

Em seu depoimento pessoal, o reclamante afirmou:

"que foi contratado pelo sr. [REDACTED], dono da 1ª reclamada e diretor técnico do [REDACTED] e diretor do setor de radiologia do mesmo hospital; que a contratação ocorreu em 02/01/2007; que o contrato era para trabalho no [REDACTED] e no [REDACTED]; (...) que foi contratado pelo sr. [REDACTED], dono da 1ª reclamada e diretor técnico do [REDACTED] e diretor do setor de radiologia do mesmo hospital; que a contratação ocorreu em 02/01/2007; que o contrato era para trabalho no [REDACTED] e no [REDACTED]; (...) que o depoente nunca chegou a assinar contrato; que o depoente se reportava à coordenadora



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

[REDACTED], funcionária da 2ª reclamada
no [REDACTED], e a
[REDACTED], que tinha a mesma função de
[REDACTED] mas no
[REDACTED] (...)"

A testemunha [REDACTED], ouvida a
convite do autor, declarou:

"que trabalhou para a Vibra de/agosto de 2006 a dezembro de 2009;
que trabalhou no setor de radiologia do
[REDACTED] mesmo setor em que
trabalhava o reclamante; que a depoente fazia os exames de ressonância
magnética e o reclamante laudava os exames; que
[REDACTED] supervisora da 2ª reclamada,
organizava a agenda do reclamante, sendo' ela quem , coordenava o
trabalho do reclamante; que o reclamante não podia se fazer substituído por
i' terceiros; (...) que o reclamante era o único médico que laudava todos os
tipos de exame na radiologia; (...) que os equipamentos utilizados pelo
reclamante eram que [REDACTED] era
diretor técnico do hospital; que acredita que também era este quem
respondia pela 1ª reclamada; que o reclamante não tinha liberdade para
organizar a agenda e desmarcar pacientes; que Adriana Cunha era uma
colega que trabalhava na digitação de exames e envio de laudos; que essa
pessoa costumava contatar o reclamante para solicitar laudos de exames;
que o reclamante não tinha auxiliar; que a depoente teve CTPS assinada
pela 2ª reclamada; (...) que não sabe quantos médicos havia no setor; que
no horário da depoente, havia apenas o reclamante".

Já à testemunha [REDACTED], também
convidada pelo reclamante, disse:

"que trabalhou com CTPS assinada pela 1ª reclamada, de meados de
2006 a março de 2009, na função de coordenadora de radiologia; que
trabalhou no [REDACTED]; que o
reclamante trabalhou nesse hospital dois dias por semana, em média, seis
horas, não recordando os dias e turnos; que o Dr:
[REDACTED] era chefe, do setor e dono da r
reclamada, mas quem mais passava ordens era a Dra.
[REDACTED] diretora do hospital; que o
reclamante cumpria ordens do Dr.
[REDACTED] e da Dra.
[REDACTED]; que a depoente organizava as
agendas, os plantões; que havia mais de 20 médicos no setor; que a depoente
acredita que quatro a cinco médicos faziam exames de ressonância



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

magnética, entre eles o reclamante; que o reclamante fazia todo tipo de exames na ressonância magnética, razão pela qual normalmente era chamado quando havia urgências; que a Dra. [REDACTED] não passava ordens diretamente ao reclamante, sendo que primeiramente entrava em contato; com a depoente e era á depoente quem repassava as determinações ao reclamante; que o reclamante não podia se fazer substituir por terceiros e não tinha liberdades para desmarcar atendimentos na agenda; (...) que além da depoente, havia outra coordenadora de radiologia, empregada da 2ª reclamada, que trabalhava no [REDACTED] e respondia como coordenadora naquele hospital; que a depoente tinha contato com essa coordenadora quando precisava de alguma informação desse hospital; que a depoente acredita que no [REDACTED] eram efetuados mais exames de imagem do que no [REDACTED] porque era um hospital maior; que não sabe o número de médicos no setor de imagem do [REDACTED]; que não se recorda quantos médicos faziam tomografia no [REDACTED], acreditando serem em torno de cinco ou seis".

A prestação de trabalho mediante remuneração é incontroversa. Por outro lado, a impossibilidade de substituição do autor por terceiros, como informado pelas testemunhas, evidencia a personalidade na relação havida entre as partes.

Ademais, como emerge da prova oral, o reclamante laborava como médico para os hospitais dá segunda reclamada. Portanto, **a atividade desenvolvida pelo reclamante constituía atividade-fim e de necessidade permanente da segunda ré, uma vez que utilizada como meio de concretizar seus objetivos econômicos. Resta caracterizada, assim, a subordinação objetiva, intimamente ligada a característica da não-eventualidade**, existente quando ó trabalhador encontra-se inserido na organização empresarial, desenvolvendo atividades harmônicas com o objeto social permanente do tomador do trabalho.

Já a subordinação subjetiva diz respeitosa sujeição do trabalhador aos comandos do empregador, condizente coma forma de desenvolvimento das atividades, com a obediência a critérios diretivos. No caso dos autos, conforme declarado pela testemunha [REDACTED], "supervisora da 2ª reclamada, organizava a agenda do reclamante, sendo ela quem coordenava o trabalho do reclamante" não deixando dúvidas quanto ao trabalho subordinado desempenhado em favor da segunda ré

Como se vê, a primeira reclamada atuava como mera intermediadora da relação de emprego havida entre autor e segunda



PROCESSO N° TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

reclamada, caracterizando contratação por intermédio de pessoa jurídica interposta, em evidente fraude á legislação trabalhista, atraindo a aplicação do art. 9° da CLT. Nesse contexto, é nulo o contrato de trabalho firmado com a primeira reclamada, impondo-se reconhecer o vínculo de emprego diretamente com a segunda demandada, conforme entendimento consubstanciado no item da Súmula n° 331 do TST (...).

Assim, correta a decisão de origem ao reconhecer a relação de emprego entre as partes, bem como ao **condenar a recorrente, solidariamente, ao pagamento das parcelas decorrentes.** Tendo em vista a manutenção da sentença quanto ao vínculo de emprego, mantém-se, ainda, a decisão quanto à anotação da CTPS, na medida em que é direito do trabalhador e dever do empregador o registro do contrato de trabalho na CTPS, nos termos do art. 29 da CLT.

Provisionamento negado.” (fl. 1045/1051 - numeração eletrônica) (grifei)

No recurso de revista, a segunda reclamada sustenta que deve ser reconhecida a validade da terceirização firmada entre as partes, o que afasta o liame laboral postulado e o pagamento de verbas rescisórias. Indica ofensa aos artigos 5°, II, da Constituição Federal; 2°, 3° e 818 da CLT; 333, I, e 372 do CPC e 18 da Lei 9.656/98 (fls.

1083/1111 - numeração eletrônica).

O recurso alcança conhecimento.

Cinge-se a controvérsia em verificar a licitude da terceirização dos serviços médicos, para fins de reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços.

A aferição da licitude da terceirização no âmbito desta colenda Corte Superior demandava prévia análise do objeto da contratação. Isso porque sempre se entendeu pela impossibilidade da terceirização de serviços ligados à atividade precípua da tomadora de serviços, com o fim de evitar a arregimentação de empregados por meio da intermediação de mão de obra e, por consequência, a precarização de direitos trabalhistas.

Nesse contexto, caso restasse comprovada a terceirização da atividade precípua da empresa tomadora de serviço, o vínculo de emprego deveria ser reconhecido diretamente com ela, por ser a real beneficiária dos serviços prestados, conforme se depreende



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

da orientação consolidada nos itens I, II e III da Súmula nº 331, de seguinte teor:

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

(...).

É cediço que o supracitado verbete jurisprudencial foi

editado num cenário em que o instituto da terceirização carecia de disciplinamento normativo, o qual encontrava previsão apenas em esparsos dispositivos de lei.

Atualmente, a matéria passou a ser objeto de regulamentação da Lei nº 6.019/1974, por força das alterações promovidas pelas Leis nºs 13.429/2017 e 13.467/2017, as quais imprimiram significativas mudanças no formato da terceirização. Destaca-se, inclusive, que o artigo 4º-A da Lei nº 6.019/1974 passou a autorizar a terceirização de quaisquer atividades das empresas tomadoras de serviço, incluindo sua atividade principal.

Ocorre que, conquanto a lei tenha permitido a terceirização da atividade precípua, por se tratar de norma de direito material, ela não se aplica a situações pretéritas, anteriores a sua entrada em vigor, além de haver divergência de entendimento quanto à possibilidade de regular os contratos em curso.

Cumpre destacar que as reiteradas decisões proferidas



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

por esta Justiça Especializada, nas quais era reconhecida a impossibilidade da terceirização de atividade precípua, tiveram a sua constitucionalidade questionada perante o excelso Supremo Tribunal Federal, por meio da **ADPF 324**, ao argumento que violavam a liberdade de contratação, os princípios da legalidade, da livre iniciativa e da valorização do trabalho.

De igual modo, no **RE 958252**, a excelsa Corte reconheceu

a repercussão geral da questão referente à ilicitude da terceirização de serviços para a consecução da atividade precípua da empresa, nos termos preconizados na Súmula nº 331.

Em razão da identidade do objeto, os feitos foram julgados em sessão conjunta no excelso Supremo Tribunal Federal, que, por maioria, em 30.8.2018 fixou a seguinte tese jurídica:

"É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, **independentemente do objeto social das empresas envolvidas**, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante." – sem grifos no original

Impende salientar que essa sempre foi a minha compreensão acerca da matéria. Sempre defendi que, ante a inexistência de lei prevendo a distinção entre atividade precípua e atividade acessória, era possível a terceirização de qualquer tipo de atividade empresarial, desde que resguardados os direitos dos trabalhadores.

Penso que a autorização para a terceirização encontra amparo no princípio da livre iniciativa, previsto no artigo 170 da Constituição Federal, à luz do qual as sociedades empresárias estariam autorizadas a escolher o modelo organizacional mais adequado às suas necessidades frente ao mercado.

É bem verdade que o supracitado princípio encontra limites na própria Constituição Federal, já que a terceirização não poderá configurar afronta à garantia da dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho.

Ocorre que essa divisão criada pela jurisprudência não



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

é a melhor maneira de amparar o trabalhador e preservar as referidas garantias constitucionais, porquanto gera insegurança jurídica, ante a dificuldade de se identificar, em determinadas hipóteses, se o serviço terceirizado estaria inserido, ou não, na atividade precípua da tomadora.

Nessa perspectiva, a partir de 30.8.2018, em razão da

natureza vinculante das decisões proferidas pelo excelso Supremo Tribunal Federal nos aludidos feitos, deve ser reconhecida a licitude das terceirizações em qualquer atividade empresarial, de modo que a empresa tomadora apenas poderá ser responsabilizada subsidiariamente.

Na espécie, a Corte Regional, soberana no exame dos fatos e provas dos autos, reconheceu que a primeira reclamada atuava como mera intermediadora da relação de emprego havida entre autor e segunda reclamada, caracterizando contratação por intermédio de pessoa jurídica interposta, em evidente fraude à legislação trabalhista, atraindo a aplicação do artigo 9º da CLT. Assim, concluiu que era nulo o contrato de trabalho firmado com a primeira reclamada, impondo-se reconhecer o vínculo de emprego diretamente com a segunda demandada, tomadora dos serviços do autor, bem como condenar as reclamadas em responsabilização solidária.

Nesse contexto, em razão dos fundamentos acima consignados, entendo que o egrégio Tribunal Regional, ao manter o reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços, acabou por dissentir do entendimento do E. Supremo Tribunal Federal.

Conheço, pois, do recurso de revista, por ofensa aos artigos 2º e 3º da CLT.

1.2.2. HORAS EXTRAORDINÁRIAS.

O egrégio Colegiado Regional, em relação ao tema, assim decidiu:

**“HORAS EXTRAS. INTERVALOS. SOBREAVISO
(...)”**



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

Examina-se.

Nos termos do art. 74, §2º, da CLT, é ônus do empregador que contar com mais de dez empregados o registro da jornada de trabalho de seus funcionários. Diante da ausência dos cartões-ponto do autor, presume-se verdadeira a jornada declinada na inicial, com as limitações impostas pela prova testemunhal, conforme entendimento consubstanciado na Súmula nº 338 do TST.

Em seu depoimento pessoal, disse o reclamante:

"(...) que o depoente trabalhava em [REDACTED] quatro turnos de seis horas, geralmente das 13h às 19h e no [REDACTED], trabalhava dois turnos de seis horas; que parou de trabalhar em março de 2009, tendo em vista que já não estava recebendo pagamentos desde junho de 2008; (...) que o depoente trabalha no [REDACTED] desde 2006, fazendo um plantão noturno de 12 horas por semana e dois diurnos, de seis horas cada, por semana; que no [REDACTED] o depoente realizou apenas plantões em substituição a colegas, no máximo um plantão de quatro, horas por semana".

A testemunha [REDACTED], convidada pelo autor, afirmou:

"que o reclamante trabalhava quatro turnos por semana, em média; que os turnos eram, em média, das 13h às 19h; que em caso de urgência, ocorria do reclamante trabalhar além do referido horário; que o horário da depoente era das 11h às 18h que normalmente a depoente saía antes que o reclamante; que a depoente sabe que o reclamante prorrogava o horário porque havia pacientes que agendavam exames e que necessitariam do laudo após às 18h; que não sabe informar se o reclamante fazia intervalo; que em alguns casos eram enviados exames para o reclamante laudar em casa; que isso ocorria até mesmo em finais de semana; que essa situação ocorria frequentemente, acreditando que diariamente no turno em que o reclamante não estava no hospital enviavam um ou mais exames por dia; que nessas situações um office boy ia até a casa do reclamante com as imagens e material para análise; que o reclamante era o único médico que laudava todos os tipos de exame na radiologia; que não sabe informar se o reclamante fazia plantões em finais de semana no [REDACTED]; que a reclamante trabalhava em plantões em finais de semana; (...) que Adriana Cunha era uma colega que trabalhava na digitação de exames e [envio de laudos]; que essa pessoa costumava contatar o reclamante para solicitar laudos de exames; (...) que também eram efetuadas tomografias e exames de ressonância magnética no



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

horário das 11h às 19h; que os exames de ressonância magnética e tomografia eram realizados todos os dias da semana; que os exames eram agendados para o período das 08h às 19h; que não sabe quantos médicos havia no setor; que no horário da depoente, havia apenas o reclamante".

A testemunha [REDACTED], também ouvida a convite do autor, declarou:

"que trabalhou com CTPS assinada pela 1ª reclamada, de meados de 2006 a março de 2009, na função de coordenadora de radiologia; que trabalhou no [REDACTED]; que o reclamante trabalhou nesse hospital dois dias por semana, em média, seis horas não recordando os dias e turnos; (...) que o reclamante fazia todo tipo de exames na ressonância magnética, razão pela qual normalmente era chamado quando havia urgências; (...), que havia no hospital uma espécie de plantão de sobreaviso de 24 horas, na frequência média de um mês ou um mês e meio por médicos inserido na escala plantão; sendo que o reclamante eram um destes; que o médica da escala deveria permanecer com o telefone fígado para, o caso de algum chamado de urgência; que além disso, também ocorria de um motorista da reclamada levar alguns exames na casa do reclamante para serem laudados; que isso ocorria frequentemente, em média, duas vezes por semana, sendo que essa média se deve ao fato de que existiam vários médicos, nem sempre era solicitado o reclamante para este fim; que não sabe informar em média quantos exames eram enviados de cada vez que questionada pela procuradora do reclamante qual o período de duração do sobreaviso, refere que eram plantões de 24 horas por durante uma semana inteira, de segunda à segunda; que não tem certeza, mas acredita que eram seis ou sete médicos que entravam no plantão; que no período de plantão, o médico chamado obrigatoriamente deveria comparecer; que o reclamante não costumava fazer intervalo;

Diante da prova oral, tem-se por razoável a jornada fixada na origem, a saber, de segunda a quinta-feira, no [REDACTED], das 14h às 19h; bem como às sextas-feiras, no [REDACTED], das 8h às 14h, além do trabalho em dez horas por mês fixado em decorrência dos chamados de urgência informados pelas testemunhas.

Não há falar em horas extras excedentes à quarta diária, como pretende o reclamante.

A Súmula nº 370 do TST firmou o seguinte entendimento sobre a jornada de trabalho dos médicos, o qual é aplicável aos dentistas por força do artigo 22 da Lei nº 3.999/61 (...).

Portanto, **não havendo trabalho além da jornada de 8 horas o autor não faz jus ao pagamento de horas extras. O adicional extra é devido apenas quando o aumento da jornada ultrapassar o limite de 8 horas**



PROCESSO N° TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

diárias, ou quando houver trabalho além do horário contratual, como na hipótese de chamados de urgência, tal qual deferido em sentença.

Quanto aos intervalos previstos na Lei 3.999/61, é ônus do empregador documentar e comprovar a correta fruição do intervalo. **O art. 74, § 2º, da CLT, por ser a regra geral, por analogia é aplicável também aos médicos enquadrados na Lei nº 3.999/61, em razão da inexistência de previsão sobre o tema nesta última Lei.** Assim, **não havendo prova do gozo dos referidos intervalos, presume-se verdadeira a tese autora de que não foram concedidos tais períodos de descanso. Da mesma forma, a não concessão deve ser remunerada nos termos da regra geral, ou seja, conforme previsto no art. 71, §4º, da CLT, como decidido na origem.** Entendimento em sentido contrário retiraria por completo a aplicabilidade do intervalo previsto no art. 8º da Lei 3.999/61.

Em relação aos feriados, nada a reformar na decisão fazendo jus o reclamante ao pagamento da dobra legal pelo trabalho nas datas documentadas nos relatórios de trabalho, quais sejam, 02-02-07 (fl. 187), 07-9-07 (fl. 153), 02-11-07 (fl. 140), 02-02-08 (fl. 123), 21-3-08 (fl. 116), 1º-5-08 (fl. 100) e 1º-01-09 (fl. 29), nos termos do art. 9º da Lei nº 605/49.

No que diz respeito ao regime de sobreaviso, ressalta-se, inicialmente, que as horas em que o autor permaneceu nessa condição e as horas efetivamente trabalhadas durante esse período não se confundem. Portanto, em que pese o deferimento, na sentença, das horas extras decorrentes dos chamados de urgência durante a semana de sobreaviso, faz jus o autor, ainda, às horas em que permaneceu aguardando chamados, como previsto no art. 224, §2º, da CLT.

Ao contrário do entendimento do Juízo de origem, considera-se evidenciada, na petição inicial, a pretensão às horas de sobreaviso, porquanto constante o pedido (item "j" do rol de pedidos, fl. 20), bem como a respectiva causa de pedir (item "VI" da fundamentação, segundo parágrafo, fl. 15), não se confundindo com o pleito ao pagamento de horas; extras.

Nesse sentido, como declarado pela testemunha [REDACTED], o regime de sobreaviso ocorria durante uma semana inteira a cada mês, de segunda à segunda, durante 24 horas por dia, período em que o médico dá escala deveria permanecer com o telefone ligado para eventual chamado de urgência.

Diante da necessidade de permanecer com o telefone ligado aguardando chamados, resta caracterizado o regime de sobreaviso. Aplicável, ao caso, o entendimento contido na Súmula nº 428 do TST (...).

Tendo em vista o deferimento, pela decisão de origem, do período trabalhado em razão de chamados, faz jus o reclamante às horas que permaneceu em regime de sobreaviso (período não trabalhado) na razão de 1/3 do salário normal. Portanto, considera-se que o reclamante ficava em regime de sobreaviso (plantão) de segunda a domingo, uma vez por mês, durante todo o período em que não estivesse efetivamente laborando.



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

Por fim, quanto aos reflexos indiretos, pelo aumento da média remuneratória, diverge-se do entendimento da OJ nº 394 da SDI-1 do TST, pois considera-se que as horas extras habituais devem integrar os repouso semanais remunerados, do que decorre um aumento da média remuneratória mensal. Além de serem devidas as horas extras por sua média no pagamento de todas as verbas que tenham por base o salário mensal, ainda há de ser considerado, no pagamento de tais verbas, o aumento da média mensal pela integração das horas extras nos repouso e feriados, que não se confunde com o duplo reflexo das horas extras naquelas parcelas. Por isso a integração pelo aumento da média remuneratória não implica bis in idem. O entendimento da OJ nº 394 da SDI-1 do TST acaba por privilegiar o empregador que paga incorretamente as horas extras, na medida em que o pagamento correto na época própria implicaria tais integrações, ou seja, o aumento da média mensal da remuneração oriundo da repercussão das horas extras nos repouso, com a sua consequente consideração no cálculo de parcelas. Entretanto, a maioria da Turma entende pela aplicabilidade da OJ nº 394 da SDI-1 do TST, razão pela qual são indeferidos os reflexos indiretos, vencido o Relator no particular.

Ante o exposto, vencido em parte o Relator, dá-se provimento parcial ao recurso da segunda: reclamada para excluir da condenação os reflexos indiretos das horas extras, pelo aumento da média remuneratória, bem como dá-se provimento parcial ao recurso do reclamante para condenar as reclamadas ao pagamento de horas de sobreaviso, conforme arbitramento, na razão de 1/3 do valor da hora normal, sem prejuízo das horas de trabalho em período de sobreaviso deferidas na origem, com os mesmos reflexos já deferidos em relação às horas extras.” (fl. 1057/1066 - numeração eletrônica) (grifei)

No recurso de revista, a segunda reclamada sustenta que são indevidas horas extraordinárias e adicionais. Indica ofensa aos artigos 818 da CLT, 333, I, do CPC, 8º da Lei 3.999/61, contrariedade às Súmulas 85 e 370 e dissenso pretoriano (fls. 1083/1111 - numeração eletrônica).

O recurso não alcança conhecimento.

Segundo o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior é ônus do empregador que conta com mais de 10 empregados manter o registro da jornada de trabalho dos seus funcionários, sendo que a não apresentação injustificada dos mencionados controles gera presunção relativa de veracidade quanto ao horário de labor alegado na petição inicial, a qual pode ser elidida por prova em contrário.



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

Na espécie, o egrégio Tribunal Regional reconheceu que

diante da ausência dos cartões-ponto do autor, presumia-se verdadeira a jornada declinada na petição inicial, com as limitações impostas pela prova testemunhal, sendo razoável a jornada fixada na origem, a saber, de segunda a quinta-feira, no [REDACTED], das 14h às 19h; às sextas-feiras, no [REDACTED], das 8h às 14h, além do trabalho em dez horas por mês fixado em decorrência dos chamados de urgência informados pelas testemunhas. Assim, concluiu que o adicional extraordinário era devido apenas quando o aumento da jornada ultrapasse o limite de 8 horas diárias, ou quando houvesse trabalho além do horário contratual, como na hipótese de chamados de urgência, tal qual deferido em sentença. Premissas fáticas incontestes à luz da Súmula 126.

O v. acórdão, por conseguinte, foi proferido em sintonia a diretriz da Súmula nº 338, I, de seguinte teor:

"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. (ex-Súmula nº 338 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003) " (grifei)

Prejudicado o conhecimento do recurso de revista, em

face incidência do óbice contido na Súmula nº 333 e no artigo 896, § 7º, da CLT.

Não conheço do recurso de revista.

1.2.3. HORAS DE SOBREAVISO.

O egrégio Colegiado Regional, em relação ao tema, assim decidiu:

“HORAS EXTRAS. INTERVALOS. SOBREAVISO
(...)
Examina-se.



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

Nos termos do art. 74, §2º, da CLT, é ônus do empregador que contar com mais de dez empregados o registro da jornada de trabalho de seus funcionários. Diante da ausência dos cartões-ponto do autor, presume-se verdadeira a jornada declinada na inicial, com as limitações impostas pela prova testemunhal, conforme entendimento consubstanciado na Súmula nº 338 do TST.

Em seu depoimento pessoal, disse o reclamante:

"(...) que o depoente trabalhava em [REDACTED] quatro turnos de seis horas, geralmente das 13h às 19h e no [REDACTED] trabalhava dois turnos de seis horas; que parou de trabalhar em março de 2009, tendo em vista que já não estava recebendo pagamentos desde junho de 2008; (...) que o depoente trabalha no [REDACTED] desde 2006, fazendo um plantão noturno de 12 horas por semana e dois diurnos, de seis horas cada, por semana; que no [REDACTED] o depoente realizou apenas plantões em substituição a colegas, no máximo um plantão de quatro, horas por semana".

A testemunha [REDACTED], convidada pelo autor, afirmou:

"que o reclamante trabalhava quatro turnos por semana, em média; que os turnos eram, em média, das 13h às 19h; que em caso de urgência, ocorria do reclamante trabalhar além do referido horário; que o horário da depoente era das 11h às 18h que normalmente a depoente saía antes que o reclamante; que a depoente sabe que o reclamante prorrogava o horário porque havia pacientes que agendavam exames e que necessitariam do laudo após às 18h; que não sabe informar se o reclamante fazia intervalo; que em alguns casos eram enviados exames para o reclamante laudar em casa; que isso ocorria até mesmo em finais de semana; que essa situação ocorria frequentemente, acreditando que diariamente no turno em que o reclamante não estava no hospital enviavam um ou mais exames por dia; que nessas situações um office boy ia até a casa do reclamante com as imagens e material para análise; que o reclamante era o único médico que laudava todos os tipos de exame na radiologia; que não sabe informar se o reclamante fazia plantões em finais de semana no [REDACTED]; que a reclamante trabalhava em plantões em finais de semana; (...) que Adriana Cunha era uma colega que trabalhava na digitação de exames e [envio de laudos; que essa pessoa costumava contatar o reclamante para solicitar laudos de exames; (...) que também eram efetuadas tomografias e exames de ressonância magnética no horário das 11h às 19h; que os exames de ressonância magnética e



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

tomografia eram realizados todos os dias da semana; que os exames eram agendados para o período das 08h às 19h; que não sabe quantos médicos havia no setor; que no horário da depoente, havia apenas o reclamante".

A testemunha [REDACTED], também ouvida a convite do autor, declarou:

"que trabalhou com CTPS assinada pela 1ª reclamada, de meados de 2006 a março de 2009, na função de coordenadora de radiologia; que trabalhou no [REDACTED]; que o reclamante trabalhou nesse hospital dois dias por semana, em média, seis horas não recordando os dias e turnos; (...) que o reclamante fazia todo tipo de exames na ressonância magnética, razão pela qual normalmente era chamado quando havia urgências; (...), que havia no hospital uma espécie de plantão de sobreaviso de 24 horas, na frequência média de um mês ou um mês e meio por médicos inserido na escala plantão; sendo que o reclamante eram um destes; que o médica da escala deveria permanecer com o telefone fígado para, o caso de algum chamado de urgência; que além disso, também ocorria de um motorista da reclamada levar alguns exames na casa do reclamante para serem laudados; que isso ocorria frequentemente, em média, duas vezes por semana, sendo que essa média se deve ao fato de que existiam vários médicos, nem sempre era solicitado o reclamante para este fim; que não sabe informar em média quantos exames eram enviados de cada vez que questionada pela procuradora do reclamante qual o período de duração do sobreaviso, refere que eram plantões de 24 horas por durante uma semana inteira, de segunda à segunda; que não tem certeza, mas acredita que eram seis ou sete médicos que entravam no plantão; que no período de plantão, o médico chamado obrigatoriamente deveria comparecer; que o reclamante não costumava fazer intervalo;

Diante da prova oral, tem-se por razoável a jornada fixada na origem, a saber, de segunda a quinta-feira, no [REDACTED], das 14h às 19h; bem como às sextas-feiras, no [REDACTED], das 8h às 14h, além do trabalho em dez horas por mês fixado em decorrência dos chamados de urgência informados pelas testemunhas.

Não há falar em horas extras excedentes à quarta diária, como pretende o reclamante.

A Súmula nº 370 do TST firmou o seguinte entendimento sobre a jornada de trabalho dos médicos, o qual é aplicável aos dentistas por força do artigo 22 da Lei nº 3.999/61 (...).

Portanto, não havendo trabalho além da jornada de 8 horas o autor não faz jus ao pagamento de horas extras. O adicional extra é devido apenas quando o aumento da jornada ultrapassar o limite de 8 horas diárias, ou



PROCESSO N° TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

quando houver trabalho além do horário contratual, como na hipótese de chamados de urgência, tal qual deferido em sentença.

Quanto aos intervalos previstos na Lei 3.999/61, é ônus do empregador documentar e comprovar a correta fruição do intervalo. O art. 74, § 2º, da CLT, por ser a regra geral, por analogia é aplicável também aos médicos enquadrados na Lei n° 3.999/61, em razão da inexistência de previsão sobre o tema nesta última Lei. Assim, não havendo prova do gozo dos referidos intervalos, presume-se verdadeira a tese autora de que não foram concedidos tais períodos de descanso. Da mesma forma, a não concessão deve ser remunerada nos termos da regra geral, ou seja, conforme previsto no art. 71, §4º, da CLT, como decidido na origem. Entendimento em sentido contrário retiraria por completo a aplicabilidade do intervalo previsto no art. 8º da Lei 3.999/61.

Em relação aos feriados, nada a reformar na decisão fazendo jus o reclamante ao pagamento da dobra legal pelo trabalho nas datas documentadas nos relatórios de trabalho, quais sejam, 02-02-07 (fl. 187), 07-9-07 (fl. 153), 02-11-07 (fl. 140), 02-02-08 (fl. 123), 21-3-08 (fl. 116), 1º-5-08 (fl. 100) e 1º-01-09 (fl. 29), nos termos do art. 9º da Lei n° 605/49.

No que diz respeito ao regime de sobreaviso, ressalta-se, inicialmente, que as horas em que o autor permaneceu nessa condição e as horas efetivamente trabalhadas durante esse período não se confundem. Portanto, em que pese o deferimento, na sentença, das horas extras decorrentes dos chamados de urgência durante a semana de sobreaviso, faz jus o autor, ainda, às horas em que permaneceu aguardando chamados, como previsto no art. 224, §2º, da CLT.

Ao contrário do entendimento do Juízo de origem, considera-se evidenciada, na petição inicial, a pretensão às horas de sobreaviso, porquanto constante o pedido (item "j" do rol de pedidos, fl. 20), bem como a respectiva causa de pedir (item "VI" da fundamentação, segundo parágrafo, fl. 15), não se confundindo com o pleito ao pagamento de horas; extras.

Nesse sentido, como declarado pela testemunha [REDACTED], **o regime de sobreaviso ocorria durante uma semana inteira a cada mês, de segunda à segunda, durante 24 horas por dia, período em que o médico dá escala deveria permanecer com o telefone ligado para eventual chamado de urgência.**

Diante da necessidade de permanecer com o telefone ligado aguardando chamados, resta caracterizado o regime de sobreaviso. Aplicável, ao caso, o entendimento contido na Súmula n° 428 do TST (...).

Tendo em vista o deferimento, pela decisão de origem, do período trabalhado em razão de chamados, faz jus o reclamante às horas que permaneceu em regime de sobreaviso (período não trabalhado) na razão de 1/3 do salário normal. Portanto, considera-se que o reclamante ficava em regime de sobreaviso (plantão) de segunda a domingo, uma vez por



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015
mês, durante todo o período em que não estivesse efetivamente laborando.

Por fim, quanto aos reflexos indiretos, pelo aumento da média remuneratória, diverge-se do entendimento da OJ nº 394 da SDI-1 do TST, pois considera-se que as horas extras habituais devem integrar os repouso semanais remunerados, do que decorre um aumento da média remuneratória mensal. Além de serem devidas as horas extras por sua média no pagamento de todas as verbas que tenham por base o salário mensal, ainda há de ser considerado, no pagamento de tais verbas, o aumento da média mensal pela integração das horas extras nos repouso e feriados, que não se confunde com o duplo reflexo das horas extras naquelas parcelas. Por isso a integração pelo aumento da média remuneratória não implica bis in idem. O entendimento da OJ nº 394 da SDI-1 do TST acaba por privilegiar o empregador que paga incorretamente as horas extras, na medida em que o pagamento correto na época própria implicaria tais integrações, ou seja, o aumento da média mensal da remuneração oriundo da repercussão das horas extras nos repouso, com a sua consequente consideração no cálculo de parcelas. Entretanto, a maioria da Turma entende pela aplicabilidade da OJ nº 394 da SDI-1 do TST, razão pela qual são indeferidos os reflexos indiretos, vencido o Relator no particular.

Ante o exposto, vencido em parte o Relator, dá-se provimento parcial ao recurso da segunda: reclamada para excluir da condenação os reflexos indiretos das horas extras, pelo aumento da média remuneratória, bem como dá-se provimento parcial ao recurso do reclamante para condenar as reclamadas ao pagamento de horas de sobreaviso, conforme arbitramento, na razão de 1/3 do valor da hora normal, sem prejuízo das horas de trabalho em período de sobreaviso deferidas na origem, com os mesmos reflexos já deferidos em relação às horas extras.” (fl. 1057/1066 - numeração eletrônica) (grifei)

No recurso de revista, a segunda reclamada sustenta que o reclamante não comprovou o labor em sobreaviso, o que afasta o pagamento a esse título. Indica ofensa artigos 818 da CLT; 333 do CPC (fls. 1083/1111 - numeração eletrônica).

O recurso não alcança conhecimento.

Consoante o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, o uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, exceto quando o empregado, à distância e submetido a controle patronal por referidos instrumentos, permanecer



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso (Súmula nº 428).

Na espécie, a egrégia Corte Regional, amparada no conjunto fático-probatório dos autos, consignou que o regime de sobreaviso ocorria durante uma semana inteira a cada mês, de segunda à segunda, durante 24 horas por dia, período em que o médico da escala deveria permanecer com o telefone ligado para eventual chamado de urgência, restando caracterizado o regime de sobreaviso, fazendo jus o autor ao pagamento das horas de sobreaviso.

Nesse contexto, para se infirmar a conclusão exposta pelo Regional, com o fito de verificar a existência, ou não, de horas de sobreaviso do autor e eventual ofensa artigos 818 da CLT e 333 do CPC, necessário seria o reexame do quadro fático-probatório, o que é vedado, nesta fase recursal, pela Súmula nº 126.

Não conheço do recurso de revista.

**1.2.4. DANO MORAL. COMPENSAÇÃO. DESCUMPRIMENTO.
OBRIGAÇÕES LEGAIS E CONTRATUAIS.**

O egrégio Colegiado Regional, em relação ao tema, assim decidiu:

“DANO MORAL

(...)

Examina-se.

Como decidido, **ao negar o reconhecimento da relação de emprego, a segunda demandada descumpriu diversas obrigações trabalhistas inerentes ao contrato, justificando, inclusive, a rescisão indireta.**

Ademais, ao contrário do entendimento do Juízo de origem, **tem-se por demonstrado o atraso no pagamento de salários, uma vez que ausente prova do seu correto adimplemento, ônus que competia á reclamada, diante do princípio da aptidão para á prova.**

Diversamente do que constou em sentença, **o autor não confessa o recebimento dos valores em seu depoimento pessoal, apenas admitindo que os pagamentos recebidos eram depositados em conta corrente, ressaltando, contudo, o inadimplemento desde junho de 2008.**

Diante do não reconhecimento da relação de emprego, inadimplemento de salários e de diversas obrigações trabalhistas, o dano



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

moral é presumido, tendo em vista as agruras derivadas da falta de valores de natureza alimentar, necessários para solver obrigações cotidianas do trabalhador.

Os prejuízos sofridos pelo trabalhador são evidentes, na medida em que o inadimplemento de parcelas devidas ao empregado gera transtornos à vida pessoal, bem como no cumprimento de obrigações presumidas.

Quanto ao valor da indenização, o valor arbitrado deve levar em conta a punição do infrator, a compensação da vítima e o caráter pedagógico da sanção.

Ademais, o arbitramento deve considerar o fato de **serem centenas os empregados que tiveram atrasos no pagamento em razão da situação econômico-financeira da segunda demandada**, de modo que essa situação é de ser ponderada para a fixação das reparações em particular.

Diante disso, fixa-se o valor da indenização em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), o que se considera razoável e suficiente para que se reprima a atitude lesiva e se previna contra reiterações.

Dá-se provimento ao recurso do, autor para condenar as reclamadas, solidariamente; ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).” (fl. 1067/1069 - numeração eletrônica) (grifei)

No recurso de revista, a segunda reclamada sustenta que “a Autora não fez prova alguma do alegado dano moral causado por ato ilegal da Reclamada”, o que afasta o pagamento a esse título. Indica ofensa artigos 818 da CLT e 333 do CPC e dissenso pretoriano (fls. 1083/1111 - numeração eletrônica).

O recurso não alcança conhecimento.

Prevalece nesta Corte Superior o entendimento de que apenas o atraso reiterado no pagamento de salários causa lesão à dignidade do empregado, uma vez que fere os direitos da personalidade quando o empregado não consegue honrar seus compromissos e sustentar sua própria família.

Nesse sentido, os seguintes precedentes proferidos pela egrégia SBDI-1:

“EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. DANO MORAL. COMPENSAÇÃO. ATRASO REITERADO NO PAGAMENTO DE



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

SALÁRIOS. NÃO PROVIMENTO. 1. Segundo a atual jurisprudência desta Corte Superior, o atraso reiterado no pagamento de salários, por si só, gera lesão aos direitos da personalidade, uma vez que impede o empregado de honrar os seus compromissos e prover o sustento próprio e de sua família, presumindo-se o dano em tais casos. Precedentes. Ressalva de entendimento do Relator. 2. Recurso de embargos de que se conhece e a que se nega provimento.” (E-RR - 1250-49.2012.5.04.0701 , Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 10/03/2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 18/03/2016)

“DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. ATRASO REITERADO NO PAGAMENTO DE SALÁRIOS. 1. A mora salarial reiterada, mediante atrasos constantes, ainda que em meses não consecutivos, acarreta, por si só, lesão aos direitos da personalidade porque o empregado não consegue honrar compromissos assumidos e tampouco prover o sustento próprio e de sua família. A lesão à dignidade do empregado nesse caso é presumida. Precedentes da SBDI-1 do TST. 2. Embargos de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se dá provimento.” (E-RR-89000-56.2007.5.09.0562, SBDI-1, Ministro Relator, João Oreste Dalazen, DEJT 20/02/2015)

“RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. ATRASO NO PAGAMENTO DOS SALÁRIOS. DANO IN RE IPSA. DIREITO FUNDAMENTAL DE ORDEM SOCIAL. Imperativo reconhecer que a mora do empregador gera ipso facto um dano também extrapatrimonial quando não se cuida, por exemplo, de verbas acessórias ou salário diferido, mas daquela parte nuclear do salário imprescindível para o empregado honrar suas obrigações mensais relativas às necessidades básicas com alimentação, moradia, higiene, transporte, educação e saúde. O inevitável constrangimento frente aos provedores de suas necessidades vitais configura um dano in re ipsa, mormente quando consignado que era reiterada a conduta patronal em atrasar o pagamento dos salários. A ordem constitucional instaurada em 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República, contemplando suas diversas vertentes - pessoal, social, física, psíquica, profissional, cultural, etc., e alcançando também ao patamar de direito fundamental as garantias inerentes a cada uma dessas esferas. Assim, o legislador constituinte cuidou de detalhar no art.5º, caput e incisos, aqueles direitos mais ligados ao indivíduo, e nos arts. 6º a 11 os sociais, com ênfase nos direitos relativos à atividade laboral (arts. 7º a 11). Dessa forma, o exercício dessa dignidade está assegurado não só pelo direito à vida, como expressão da integridade física apenas. A garantia há de ser verificada nas vertentes concretas do seu exercício, como acima delineado, mediante o



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

atendimento das necessidades básicas indispensáveis à concretização de direitos da liberdade e de outros direitos sociais, todos eles alcançáveis por meio do trabalho. O direito fundamental ao trabalho (art. 6º, caput, da CF) importa direito a trabalho digno, cuja vulneração gera o direito, igualmente fundamental, à reparação de ordem moral correspondente (art. 5º, V e X, CF). A exigência de comprovação de dano efetivo, tal como inscrição a nos órgãos de proteção ao crédito ou o pagamento de contas em atraso, não se coaduna com a própria natureza do dano moral. Trata-se de lesão de ordem psíquica que prescinde de comprovação. A prova em tais casos está associada apenas à ocorrência de um fato (atraso nos salários) capaz de gerar, no trabalhador, o grave abalo psíquico que resulta inexoravelmente da incerteza quanto à possibilidade de arcar com a compra, para si e sua família, de alimentos, remédios, moradia, educação, transporte e lazer. Precedentes de todas as oito Turmas da Corte. Recurso de embargos conhecido e não provido.” (E-RR-971-95.2012.5.22.0108, SBDI-1, Ministro Relator, Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 31/10/2014)

“ATRASSO REITERADO NO PAGAMENTO DE SALÁRIOS.

DANO MORAL. A mora reiterada no pagamento de salários gera dano moral, classificado como in re ipsa, pois presumida a lesão a direito da personalidade do trabalhador, consistente na aptidão de honrar compromissos assumidos e de prover o sustento próprio e da família. No caso, o reclamante experimentou atrasos no pagamento de três salários, parte do 13º salário e verbas rescisórias. Embargos de que se conhece e a que se dá provimento, no particular.” (E-RR-33100-66.2009.5.09.0094, SBDI-1, Ministro Relator, Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 31/10/2014)
(grifei)

Ademais, a jurisprudência pacífica desta colenda Corte Superior apenas defere compensação por danos morais nas hipóteses em que houve inadimplemento de verbas rescisórias quando comprovado ao menos algum fato objetivo a partir do qual pudesse se deduzir o abalo moral, como o seria, por exemplo, a inscrição em cadastro de inadimplentes.

Não comprovado o fato objetivo, impossível o deferimento de compensação.

Nessa linha, cito os seguintes precedentes:

“1. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. INADIMPLENTO DE VERBAS RESCISÓRIAS. PROVIMENTO.



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

A jurisprudência desta colenda Corte Superior é no sentido de que o deferimento de indenização por danos morais calcada em mera presunção da ocorrência de fatos danosos no caso específico de inadimplemento de verbas rescisórias não encontra respaldo jurídico. Necessário seria que fosse comprovado ao menos algum fato objetivo a partir do qual pudesse se deduzir o abalo moral, o que não ocorreu no caso dos autos. Não comprovado dano moral, impossível o deferimento de indenização. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (...)." (Processo: RR - 10370-42.2015.5.15.0043 Data de Julgamento: 19/04/2017, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/04/2017)

"RECURSO DE REVISTA. (...) **DANO MORAL. ATRASO NO PAGAMENTO DE SALÁRIOS.** Esta Corte tem entendido que o atraso no pagamento de salários, por si só, não caracteriza o resultado lesivo, capaz de configurar o dano moral." (...) (RR-1153-08.2011.5.09.0002, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, DEJT 13/09/2013)

"RECURSO DE REVISTA. (...) **INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - ATRASO NO PAGAMENTO DOS SALÁRIOS.** A jurisprudência que se consolida nesta Corte é no sentido de considerar que a mera presunção de que o atraso no pagamento dos salários gera prejuízo ao patrimônio imaterial do trabalhador não justifica a condenação do empregador ao pagamento de indenização por danos morais, devendo haver prova inconteste naquele sentido, o que não ocorreu na hipótese. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. Prejudicada a análise do tema dano moral - valor da indenização." (...) (RR-89000-56.2007.5.09.0562, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, DEJT 04/10/2013)

" AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. **DANO MORAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRABALHISTA. PRESSUPOSTOS. AUSÊNCIA** 1. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que o mero descumprimento de obrigações trabalhistas, por si só, não configura lesão a direitos da personalidade do empregado. 2. Não enseja indenização por dano moral, decorrente da responsabilidade civil subjetiva do empregador, a omissão na anotação da CTPS do empregado. 3. Agravo de instrumento da Reclamante a que se nega provimento. (...)" (AIRR-3-90.2012.5.02.0021, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 04/03/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/03/2015)

"(...) **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DE HORAS EXTRAORDINÁRIAS. DANO EXISTENCIAL.** O trabalho



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

em sobrejornada, com o uso de aparelho celular, e plantão, por si só, não conduz à conclusão de que o empregado tenha sofrido dano existencial, de modo que o reclamante não demonstra violação ao art. 5º, V e X, da Constituição Federal. Ademais, os arestos trazidos a cotejo tratam de dano existencial decorrente de jornada extenuante, o que não se coaduna com a tese lançada na decisão recorrida, a atrair a aplicação do art. 896, §8º, da CLT. Recurso de revista não conhecido". (RR-228-95.2014.5.09.0005, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 21/10/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015)

"RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA - DANO EXISTENCIAL - DANO À PERSONALIDADE QUE IMPLICA PREJUÍZO AO PROJETO DE VIDA OU À VIDA DE RELAÇÕES - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE LESÃO OBJETIVA NESSES DOIS ASPECTOS - NÃO DECORRÊNCIA IMEDIATA DA PRESTAÇÃO DE SOBREJORNADA - ÔNUS PROBATÓRIO DO RECLAMANTE.

O dano existencial é um conceito jurídico oriundo do Direito civil italiano e relativamente recente, que se apresenta como aprimoramento da teoria da responsabilidade civil, vislumbrando uma forma de proteção à pessoa que transcende os limites classicamente colocados para a noção de dano moral. Nessa trilha, aperfeiçoou-se uma resposta do ordenamento jurídico àqueles danos aos direitos da personalidade que produzem reflexos não apenas na conformação moral e física do sujeito lesado, mas que comprometem também suas relações com terceiros. Mais adiante, a doutrina se sofisticou para compreender também a possibilidade de tutela do sujeito não apenas quanto às relações concretas que foram comprometidas pelas limitações decorrentes da lesão à personalidade, como também quanto às relações que potencialmente poderiam ter sido construídas, mas que foram suprimidas da esfera social e do horizonte de alternativas de que o sujeito dispõe. Nesse sentido, o conceito de projeto de vida e a concepção de lesões que atingem o projeto de vida passam a fazer parte da noção de dano existencial, na esteira da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O conceito foi aos poucos sendo absorvido pelos Tribunais Brasileiros, especificamente na seara civil, e, mais recentemente, tem sido pautado no âmbito da Justiça do Trabalho. No âmbito da doutrina justrabalhista o conceito tem sido absorvido e ressignificado para o contexto das relações de trabalho como representativo das violações de direitos e limites inerentes ao contrato de trabalho que implicam, além de danos materiais ou porventura danos morais ao trabalhador, igualmente, danos ao seu projeto de vida ou à chamada "vida de relações". Embora exista no âmbito doutrinário razoável divergência a respeito da classificação do dano existencial como espécie de dano moral ou como dano de natureza extrapatrimonial estranho aos contornos gerais da ofensa à personalidade, o que se tem é que dano moral e dano existencial não se confundem, seja quanto



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

aos seus pressupostos, seja quanto à sua comprovação. Isto é, embora uma mesma situação de fato possa ter por consequência as duas formas de lesão, seus pressupostos e demonstração probatória se fazem de forma peculiar e independente. No caso concreto, a Corte regional entendeu que o reclamante se desincumbiu do ônus de comprovar o dano existencial tão somente em razão de o trabalhador ter demonstrado a prática habitual de sobrejornada. Entendeu que o corolário lógico dessa prova seria a compreensão de que houve prejuízo às relações sociais do sujeito, dispensando o reclamante do ônus de comprovar o efetivo prejuízo à sua vida de relações ou ao seu projeto de vida. Portanto, extrai-se que o dano existencial foi reconhecido e a responsabilidade do empregador foi declarada à míngua de prova específica do dano existencial, cujo ônus competiria ao reclamante. Embora exista prova da sobrejornada, não houve na instrução processual demonstração ou indício de que tal jornada tenha comprometido as relações sociais do trabalhador ou seu projeto de vida, fato constitutivo do direito do reclamante. É importante esclarecer: não se trata, em absoluto, de negar a possibilidade de a jornada efetivamente praticada pelo reclamante na situação dos autos (ilicitamente fixada em 70 horas semanais) ter por consequência a deterioração de suas relações pessoais ou de eventual projeto de vida: trata-se da impossibilidade de presumir que esse dano efetivamente aconteceu no caso concreto, em face da ausência de prova nesse sentido. Embora a possibilidade abstratamente exista, é necessário que ela seja constatada no caso concreto para sobre o indivíduo recaia a reparação almejada. Demonstrado concretamente o prejuízo às relações sociais e a ruína do projeto de vida do trabalhador, tem-se como comprovado, *in re ipsa*, a dor e o dano à sua dignidade. O que não se pode admitir é que, comprovada a prestação em horas extraordinárias, extraia-se daí automaticamente a consequência de que as relações sociais do trabalhador foram rompidas ou que seu projeto de vida foi suprimido do seu horizonte. Recurso de revista conhecido e provido". (RR-523-56.2012.5.04.0292, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 26/08/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/08/2015)

"(...) **DANOS MORAIS. JORNADA EXAUSTIVA.** O mero descumprimento de obrigações trabalhistas, como a imposição de jornada excessiva, apenas reconhecida em juízo, por si só, não é capaz de ensejar o reconhecimento automático da ofensa moral e, consequentemente, o dever de indenizar, sendo necessária a demonstração da repercussão do fato e a efetiva ofensa aos direitos da personalidade, situação não verificada no caso em apreço. Recurso de revista conhecido e provido". (RR-1444-15.2013.5.15.0020, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 01/06/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/06/2016) (grife)



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

Na espécie, a egrégia Corte Regional consignou que
ao

negar o reconhecimento da relação de emprego, a segunda demandada descumpriu diversas obrigações trabalhistas inerentes ao contrato, justificando, inclusive, a rescisão indireta. E acrescentou que foi demonstrado o atraso no pagamento de salários, uma vez que ausente prova do seu correto adimplemento, ônus que competia à reclamada, diante do princípio da aptidão para a prova. Assim, concluiu que o autor ressalvou o inadimplemento desde junho de 2008, de forma que o inadimplemento de salários e outras obrigações trabalhistas autorizava a presunção de existência de o dano moral, a ensejar o pagamento de compensação.

Não há, portanto, qualquer menção sobre quanto tempo houve atraso no pagamento de salários e sobre eventual inscrição do nome do autor em cadastro de inadimplentes e não cuidou a segunda reclamada de buscar manifestação a esse respeito, o que atrai a incidência do óbice da Súmula 297. Logo, nesse aspecto, não há elementos suficientes delineados no v. acórdão a justificar a exclusão da condenação da reclamada ao pagamento de compensação por danos morais.

Não conheço do recurso de revista.

1.2.5. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

O egrégio Colegiado Regional, em relação ao tema, assim decidiu:

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

(...)

Examina-se.

A declaração de carência econômica apresentada (fl. 21) por si só habilita o reclamante a obter o direito à assistência judiciária, pois é direito que se insere entre os direitos fundamentais, conforme art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, não estando sujeito a ser esvaziado pela ação do intérprete. Se o Estado não põe à disposição dos cidadãos serviço de assistência judiciária nos moldes referidos nessa norma, estes possuem o direito de buscar amparo em que está habilitado para tanto, que é o advogado.

De outra parte, não parece jurídico obrigar o trabalhador a buscar



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

assistência judiciária em sindicato profissional. Isso porque a Constituição a tanto não obriga e porque nem sempre, há serviço de assistência judiciária na estrutura sindical ora existente. Ademais, os sindicatos não possuem o monopólio para prestar assistência judiciária.

Restrição á liberdade proveniente de lei editada á época da ditadura militar que não pode prevalecer frente à Constituição democrática vigente. Por tais razões, não se adota o entendimento das Súmulas nº 219 e nº 329 do TST.

Determina-se, de ofício, a compensação de honorários eventualmente contratados com os honorários assistenciais deferidos. Trata-se de direito fundamental de titularidade do trabalhador, conforme resulta cristalino dos termos do art. 7º, LXXIV, da Constituição Federal. A verba correspondente é que é transferida ao patrono que assistiu juridicamente o trabalhador, situação que se mostra incompatível com o pagamento adicional, sem as adequações devidas, dos honorários contratuais pactuados diretamente entre o cliente vulnerável e o seu patrono.

Ressalta-se que à Lei nº 1.060/50, ao assegurar o benefício da Assistência Judiciária Gratuita, objetiva desonerar a pessoa pobre de despesas decorrentes tanto da sucumbência quanto da contratação de advogado.

(...)

Portanto, vencido em parte o Relator, **dá-se provimento ao recurso ordinário para condenar a reclamada ao pagamento de honorários assistenciais de 15% sobre o valor bruto da condenação.**” (fl. 1069/1071 - numeração eletrônica) (grifei)

No recurso de revista, a segunda reclamada sustenta que não foram preenchidos os requisitos exigidos para concessão dos honorários advocatícios. Indica ofensa ao artigo 14 da Lei 5.584/70, contrariedade às Súmulas 219 e 329 e dissenso pretoriano (fls. 1669/1703 - numeração eletrônica).

O recurso alcança conhecimento.

É pacífico o entendimento, no âmbito desta Corte Superior, no sentido de que mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, na Justiça do Trabalho, os honorários advocatícios não decorrem exclusivamente da sucumbência, devendo a parte comprovar, concomitantemente, estar assistida por sindicato da categoria profissional e a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015

São dois os requisitos a serem atendidos para fazer jus à percepção dos referidos honorários.

Na hipótese, restou incontroverso que o reclamante não está assistido por sindicato de classe, não fazendo jus a percepção dos honorários advocatícios.

O v. acórdão, portanto, dissentiu da diretriz consubstanciada na Súmula nº 219, item I, de seguinte teor:

“S 219. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) 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. (art. 14, §1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305da SBDI-I).

II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

IV - Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).

V - Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).

VI - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.” (grifei)

Conheço, pois, do recurso de revista.

2. MÉRITO



PROCESSO Nº TST-RR-67-98.2011.5.04.0015
2.1. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. VÍNCULO
DE EMPREGO.

TOMADOR DOS SERVIÇO.

Conhecido o recurso por ofensa aos artigos 2º e 3º da CLT, **dou-lhe provimento parcial** para, afastando o reconhecimento de vínculo de emprego entre o autor e a segunda reclamada, limitar a sua condenação em responsabilização subsidiária pelo adimplemento das verbas trabalhistas deferidas na lide.

2.2. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Conhecido o recurso por contrariedade à Súmula nº 219,
item I, corolário lógico é o seu **provimento** para restabelecer a r. sentença que indeferiu os honorários advocatícios.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista somente quanto aos temas "TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. VÍNCULO DE EMPREGO. TOMADOR DOS SERVIÇOS. RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA" e "HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS", por ofensa aos artigos 2º e 3º da CLT e contrariedade à Súmula 219, item I, e, no mérito: a) quanto ao primeiro tema, dar-lhe provimento parcial para, afastando o reconhecimento de vínculo de emprego entre o autor e a segunda reclamada, limitar a sua condenação em responsabilização subsidiária pelo adimplemento das verbas trabalhistas deferidas na lide; b) quanto ao segundo tema, dar-lhe provimento para restabelecer a r. sentença que indeferiu os honorários advocatícios.

Brasília, 12 de setembro de 2018.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

CAPUTO BASTOS
Ministro Relator