



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista **1002178-57.2017.5.02.0088**

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 05/12/2018

Valor da causa: \$40,000.00

Partes:

RECORRENTE: [REDACTED]

ADVOGADO: CLAUDIO AGOSTINHO FILHO

ADVOGADO: MARIA DE LOURDES AMARAL

RECORRIDO: [REDACTED]

PAGINA_CAPA_PROCESSO_PJEADVOGADO: HERALDO JUBILUT JUNIOR



PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA
DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

RECURSO ORDINÁRIO 14ª TURMA

PROCESSO N°: 1002178-57.2017.5.02.0088

RECORRENTE: [REDACTED]

RECORRIDO: [REDACTED]

ORIGEM: 88ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

JUIZ SENTENCIANTE: GUSTAVO CAMPOS PADOVESE

EMENTA: SUSPEIÇÃO DA TESTEMUNHA - AMIZADE RETRATADA EM REDE SOCIAL. Imperioso distinguir amizade virtual, da real que também está retratada na rede social. A "amizade decorrente meramente de rede social" carece de elementos afetivos existentes nas relações de amizades, caracterizando apenas por um vínculo virtual onde várias pessoas se relacionam com postagens de fotografias, filmes e opiniões. Dai o entendimento da doutrina e da jurisprudência no sentido de que a amizade de rede social não torna a testemunha suspeita para depor. Todavia, se existir uma amizade real, e que também se encontra retratada na rede social, a suspeição não decorre da amizade virtual, mas da real que, por coincidência, também foi retratada no mundo virtual. Contradita mantida.

I - RELATÓRIO

Da r. Sentença de ID. a60439c, cujo relatório adoto e que julgou procedente em parte a

Assinado eletronicamente por: FERNANDO ALVARO PINHEIRO - 12/09/2019 20:28:53 - 7ad39d5
<https://pje.trtsp.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=19053111225202300000048090893>
Número do processo: 1002178-57.2017.5.02.0088
Número do documento: 19053111225202300000048090893

ação, recorre o reclamante sob ID. cd0771b, aduzindo, preliminarmente, cerceamento de defesa em face da contradita de sua testemunha e, no mérito, pugna a reforma em relação às horas extras e aos honorários sucumbenciais.

A reclamada apresentou suas contrarrazões, ID. bb3fcba.

É o relatório.

II - CONHECIMENTO

Tempestivo o apelo. Sentença disponibilizada no DEJT do dia 25/10/2018, recurso apresentado em 30/10/2018 (contagem do prazo recursal nos termos do art. 775 da CLT).

Regular a representação processual, fls. 8.

Desnecessário o preparo, pois não recaiu sobre o recorrente a obrigação do pagamento das custas processuais.

Conheço do recurso ordinário do reclamante, porquanto preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

III - FUNDAMENTAÇÃO

Assinado eletronicamente por: FERNANDO ALVARO PINHEIRO - 12/09/2019 20:28:53 - 7ad39d5
<https://pje.trtsp.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=1905311122520230000048090893>
Número do processo: 1002178-57.2017.5.02.0088
Número do documento: 1905311122520230000048090893

Testemunha - Contradita - Amizade íntima.

Aduz o recorrente que não pode prevalecer a contradita de sua testemunha com fundamento em amizade íntima pelo simples contato em rede social.

Requer seja considerado o depoimento testemunhal.

Examino.

Na audiência de instrução a primeira testemunha do reclamante foi contraditada pela reclamada sob o argumento de amizade íntima, contradita esta aceita pelo MM. Juízo de origem em razão de dizeres firmados em rede social, tendo a testemunha sido ouvida como informante.

Consta da referida ata de audiência (fls. 102):

"Contraditada por amizade, questionado, a testemunha relata conhecer o reclamante da reclamada, tendo trabalhado lá por 6 anos; que nesse período o reclamante trabalhou por 5 anos na reclamada; que nunca foram a casa um do outro; que não conhecem familiares um do outro;

Deixo de acolher a contradita por falta de provas.

Neste ato o patrono da reclamada mostra fotos e declarações constantes em rede social, facebook. Em uma delas conta a declaração do Sr.. [REDACTED], parabenizando o reclamante pelo seu aniversário, com os seguintes dizeres: "Parabéns atrasado meu irmão de outra mãe! Tudo de bom pra vc sempre belga!! É nois catchoro xD". Questionado o depoente se foi ele mesmo que escreveu os dizeres, confirma que sim.

Defiro o prazo de 48 horas para que a reclamada acoste aos autos o conteúdo ora exibido ao Juízo. Deu-se vistas ao patrono do reclamante, neste ato.

Em face das declarações do depoente em relação ao reclamante, dizendo se tratar de "irmão de outra mãe", acolho a contradita." (grifei)

Diversamente do asseverado em razões recursais, a prova dos autos revela que a testemunha [REDACTED] não era mero amigo de rede social do autor, revelando-se existir amizade íntima entre as partes, na medida que o depoente confirmou em juízo serem irmãos afetivos, conforme declaração feita na rede social.

Junte-se a isso ao fato de que a reclamada cumpriu a determinação do MM. Juízo de origem e colacionou aos autos a postagem realizada pela testemunha [REDACTED] (fls. 109).

Imperioso distinguir a "amizade decorrente meramente de rede social" daquela amizade real, e que também é retratada no ambiente virtual. Carece a primeira de elementos afetivos existentes nas relações de amizades, caracterizando apenas por um vínculo virtual onde várias pessoas se relacionam com postagens de fotografias, filmes e opiniões. Dai o entendimento da doutrina e da jurisprudência no sentido de que a amizade de rede social não torna a testemunha suspeita para depor. Todavia, se existir uma amizade real, e que também se encontra retratada na rede social, a suspeição não decorre da amizade virtual, mas da real que, por coincidência, também foi retratada no mundo virtual.

Neste contexto, a contradita que deve ser mantida em razão da constatação da amizade íntima.

Nada a reparar.

Jornada de trabalho - Horas extras - Intervalo intrajornada - Ônus da prova Juntada de cartões de ponto.

O recorrente, singelamente, sustenta que sua testemunha comprovou trabalho em regime

extraordinário.

Ao exame.

No tocante à comprovação da jornada de trabalho, o registro de ponto é prova obrigatória para o empregador com mais de 10 empregados, inteligência do artigo 74, § 2º, da CLT e Súmula nº 338, item I do C.TST.

Também, segundo dispõe o próprio artigo 74, parágrafo 2º da CLT "para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso". (g.n)

Desse modo, a reclamada, ao contestar, apresentou cartões de ponto, dos três períodos contratuais de 02/07/2012 a 14/04/2014, de 02/02/2015 a 17/07/2015 e de 04/01/2016 a 17/01/2017 (fls. 60, 74 e 94), assinados pelo autor, que consignam horários variáveis tanto de entrada como de saída e pré anotação do intervalo intrajornada (fls. 67/69 e 85/91).

Com efeito, é do reclamante o ônus probatório de infirmá-los, demonstrando que não correspondem à realidade que era vivenciada.

Entretanto, na hipótese dos autos, o reclamante não se desincumbiu do seu ônus probatório satisfatoriamente a fim de invalidar os referidos cartões de ponto, posto que sua testemunha foi contraditada e a testemunha patronal contrapôs a tese da exordial de jornada de trabalho de segunda à sábado, das 09h00 às 21h00, com apenas 30 minutos de intervalo para repouso e alimentação (fls. 2).

Consta do depoimento da testemunha da reclamada (fls. 103):

"4- que o reclamante trabalhava das 13h30 as 21:30, de segunda a sexta com carga horária integral, e acredita que sábado trabalhava 4 horas, entrando as 10h30 e saía as 13h/14h; 5que o reclamante tinha 1 hora de almoço, como todos os instrutores; 6- que o almoço era em torno de 15h/16h, variando por causa dos intervalos das aulas;"

Junte-se a isso ao fato de que o próprio reclamante afirmou que batia corretamente o ponto eletrônico, embora esclarecendo que os horários consignados eram diversos, não soube informar qual o horário errado, o de entrada ou o de saída.

Deste modo, não merece reparo a sentença que julgou improcedente os pedidos de horas extras e horas extras decorrentes da supressão do intervalo intrajornada

Nego provimento.

Honorários advocatícios sucumbenciais - Beneficiário da justiça gratuita - Ação ajuizada sob a vigência da Lei nº 13.467/2017 .

Insurge-se o reclamante contra a sua condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais ao advogado da parte contrária, no importe de 5%, sobre os pedidos julgados improcedentes, no caso, (pedidos, "a", "b", "c", "d", "e", "g", de fls. 24/25).

Sustenta apenas ser beneficiário da Justiça gratuita.

À análise.



A presente reclamatória foi ajuizada em após a vigência da Lei nº 13.467/2017, que incluiu o art. 791-A, na CLT:

"Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. (Artigo incluído pela Lei nº 13.467/2017 - DOU 14/07/2017)

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

- I - o grau de zelo do profissional;
- II - o lugar de prestação do serviço;
- III - a natureza e a importância da causa;
- IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção." (Grifei).

Nestes termos, posicionou-se o MM. Juízo de Origem (fls. 122/123):

"A ação foi ajuizada após a entrada em vigor do artigo 791-A, da CLT, introduzido pela Lei 13.467, que se deu em 11/11/2017, o qual se aplica, pois, ao presente feito.

(...)

Assim, em face da condenação imposta, nos termos do "caput" e §2º do artigo 791-A da CLT e levando em consideração os parâmetros ali estabelecidos, condeno a parte reclamada no pagamento de honorários advocatícios de sucumbência no importe de 5% do valor que resultar da liquidação da sentença.

Além disso, nos termos do "caput", §§2º e 3º do artigo 791-A da CLT, condeno a parte reclamante no pagamento de honorários advocatícios de sucumbência no importe de 5% do valor dado aos pedidos improcedentes (pedidos, "a", "b", "c", "d", "e", "g", de fls. 24/25).

Por fim, observar-se-á o §4º do artigo 791-A, da CLT, uma vez que concedida a gratuidade judicial."

Incontroverso nos autos que o reclamante é beneficiário da justiça gratuita, conforme §3º, do art. 790, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017 (fls. 122).

Todavia, distribuída a presente ação na vigência da Lei nº 13.467/2017, nos termos do artigo 791-A da CLT, em razão da procedência parcial da ação, o autor deverá pagar honorários advocatícios sucumbenciais à parte ré.

In casu, a parte autora sucumbiu em relação aos pedidos de pedidos, "a", "b", "c", "d", "e", "g", de fls. 24/25. o que não pode ser considerado em parte ínfima do pedido.

Desse modo, não sendo hipótese de constitucionalidade, eis que nada nesse aspecto fora decidido pelo E. STF, mantendo o pagamento de honorários sucumbenciais devidos pela autora ao patrono da ré, no importe de 5%, calculados sobre o valor atribuído aos pedidos julgados improcedentes, vedada a compensação (parágrafo 3º do artigo 791-A da CLT).

No que diz respeito à possibilidade de se executar os honorários sucumbenciais com o produto do crédito objeto em juízo, ainda que em outro processo, necessário se fazer uma reflexão.



Certo que o benefício da gratuidade da justiça é temporário e está vinculado a condição de hipossuficiência financeira que pode atingir qualquer cidadão ou empresa. Não é por outra razão que o art. 99 do CPC dispõe que o pedido pode ser feito em qualquer fase do processo, e o §3º do artigo anterior daquele diploma somente permitir a cobrança de honorários sucumbenciais depois de demonstrada a perda da situação de insuficiência financeira justificadora da concessão do benefício.

O benefício em questão compreende, também, o pagamento dos honorários de advogado (art. 98, §1º, VI do CPC), e que somente podem ser exigíveis depois de superada a condição determinante da concessão do benefício. Aliás o §3º do art. 98 do CPC assim dispõe:

"§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário." (g.n.)

Então, na lei processual civil a demonstração, pelo credor, de que o devedor perdeu a condição de hipossuficiente, é essencial para a cobrança dos honorários.

No processo do trabalho, o legislador foi confuso quanto ao tema, pois:

a) Aumentou o valor da presunção de pobreza, passando do valor equivalente a dois salários mínimos previstos na Lei 5.584/70, para 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (§3º do art. 790 da CLT);

b) Prescreveu acerca da necessidade de comprovação da insuficiência de recursos (§4º do Art. 790), o que em nada altera os termos do inciso I da Súmula 463 do C. TST, no sentido de que basta a declaração do pretendente. Lembro que o referido dispositivo legal repete o que já dispunha

o inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, não havendo qualquer alteração no sistema jurídico autorizador da superação do verbete sumulado. Aliás, o próprio CPC dispõe expressamente presumir verdadeira a alegação de hipossuficiência firmada pelo pretendente da justiça gratuita (§3º do art. 99 do CPC);

c) Entendeu que o simples fato de o beneficiário obtiver algum ganho no mesmo, ou em outro processo, fosse capaz de cessar o seu estado de pobreza (§4º do Art. 791-A)

Então, para o legislador, o fato de o hipossuficiente ter obtido algum ganho num ou outro processo, teria o condão de fazer cessar o estado de hipossuficiência. Esta interpretação literal e isolada da norma jurídica poderá levar os menos avisados a uma conclusão catastrófica, pois não teria qualquer lógica, de um lado, aumentar o valor dos salários para que a pessoa ainda possa ser considerada hipossuficiente, para depois, revogar o benefício tão somente pelo fato de o beneficiário ter obtido algum ganho, num ou outro processo.

Neste diapasão, e harmonizando os preceitos emergentes da primeira parte do §4º do art. 791-A da CLT, com o que dispõe o §3º do art. 98 do CPC, em razão do deferimento da gratuidade da justiça à reclamante, dou provimento parcial ao recurso para determinar a suspensão da exigibilidade da cobrança dos honorários até que o credor demonstre objetivamente que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão do benefício, não significando automaticamente que, a percepção de algum valor em outro processo seja entendida como tal.

Dou parcial provimento, nesse sentido.



IV - DISPOSITIVO

Presidiu regimentalmente o julgamento o Exmo. Sr. Desembargador DAVI FURTADO MEIRELLES.

Tomaram parte do julgamento os Exmos. Srs. Magistrados: FERNANDO ÁLVARO PINHEIRO, DANIELLE SANTIAGO FERREIRA DA ROCHA e DAVI FURTADO MEIRELLES.

Relator: o Exmo. Sr. Desembargador FERNANDO ÁLVARO PINHEIRO.

Revisora: a Exma. Sra. Juíza DANIELLE SANTIAGO FERREIRA DA ROCHA.

Do exposto, **ACORDAM** os Magistrados da 14^a Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2^a Região em: **por unanimidade de votos, CONHECER** do recurso ordinário do reclamante e, no mérito, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO** para determinar a suspensão da exigibilidade dos honorários advocatícios devidos pela reclamante até que cesse seu estado de pobreza, não significando para tanto, que o mero recebimento de algum valor nesta ou noutra ação seja causa para a cessação deste estado (inteligência do §3º do Art. 98 do CPC c/c §4º do Art. 791-A da CLT), nos termos da fundamentação do voto do Relator.

No mais, mantém-se integralmente a decisão de origem, inclusive no que se refere ao valor atribuído à condenação.

FERNANDO ÁLVARO PINHEIRO

Desembargador do Trabalho

Relator