



Quem paga imposto como empresa não pode ser empregado

Prestador de serviço que firma contrato de trabalho como pessoa jurídica, se beneficiando da alíquota menor do imposto de renda e do abatimento de despesas, não pode reclamar os benefícios e direitos de trabalhador com vínculo empregatício. Com esse entendimento, a 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região não reconheceu a relação de emprego do apresentador José Luiz Datena com a Rádio e Televisão Record.

O apresentador queria o melhor dos dois mundos, como pessoa jurídica e como pessoa física assalariada. Contratado pela Record como âncora de programa de televisão, ao se desligar da empresa Datena entrou com processo na 54ª Vara do Trabalho de São Paulo, pedindo o reconhecimento da relação de emprego e o pagamento das verbas devidas pelo término de seu contrato de trabalho. Para ele, embora tivesse assinado contrato de prestação de serviço com a Record por meio de sua empresa, a JLD Mídia e Informática, sua relação com a emissora tinha todas as características de contrato regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, como o recebimento de salário, a pessoalidade e a subordinação.

Além do vínculo, o apresentador pediu que a Justiça reconhecesse a rescisão indireta do seu contrato de trabalho, por culpa do empregador, em decorrência do descumprimento de cláusulas do compromisso, bem como o pagamento de indenização por dano moral decorrente de discriminação da empresa.

A 54ª Vara do Trabalho julgou o processo procedente em parte, reconhecendo a relação de emprego, mas negando ao reclamante o direito a algumas verbas. Tanto o jornalista quanto a Record recorreram da sentença ao TRT paulista.

Sem vínculo

Segundo o juiz Sérgio Pinto Martins, relator do recurso no tribunal, “quando se discute o vínculo de emprego não existe rescisão indireta, justamente porque a situação é controvertida. A rescisão indireta só é admissível quando o empregador reconhece o vínculo de emprego, não atendendo o disposto no artigo 483 da CLT”.

Para o relator, “o autor não é um trabalhador comum. Tinha ciência da forma de contratação e não é uma pessoa sem instrução que não entendeu a forma da contratação, além do que recebia retribuição em valor considerável”. No processo, o jornalista informou que seu último salário foi de R\$ 200 mil.

De acordo com o juiz, depoimentos no processo demonstraram que não havia exclusividade na prestação de serviços de Datena. Também indicam a falta de subordinação, decorrente da sua liberdade de atuação, “tanto que o autor não precisava justificar a ausência. Empregados precisam justificar ausências, já que o autor não era gerente, diretor ou ocupava qualquer cargo de direção na empresa”, explicou Pinto Martins.

Para o relator, o fato de que o âncora pagava imposto de renda por meio da empresa JLD, além de pagar o seu pessoal, “indica que assumia riscos de sua atividade, por meio da sua empresa e que também o trabalho não era exatamente feito pela pessoa física, mas pela jurídica”.



Quanto ao dano moral, o juiz observou que “não se verifica fritura, perseguição, discriminação, sofrimento psicológico, humilhação, degradação, constrangimento, abuso moral do autor, diante do fato de que não houve prova nesse sentido nos autos. Não se verifica também nenhuma ‘capitis diminutio’. Nada disso foi demonstrado nos autos”.

Por unanimidade, a 2ª Turma acompanhou o voto do relator, julgando totalmente improcedente o processo trabalhista movido pelo apresentador contra a TV Record.

RO 00768.2003.054.02.00-5

Leia a íntegra da decisão

Proc. n.º 20040328397 (00768.2003.054.02.00-5)

54ª Vara do Trabalho de São Paulo

Recorrentes: José Luiz Datena e Rádio e Televisão Record S/A

Recorridos: ambos

EMENTA

Vínculo de emprego. Âncora de programa de televisão.

O autor prestou serviços para outras empresas, diversas da ré. Quando não iria trabalhar avisava o empregador. Isso indica autonomia na prestação dos serviços. Informou o autor que pagava imposto de renda por meio da empresa JLD e também pagava o seu pessoal. Isso indica que assumia riscos de sua atividade, por meio da sua empresa e que também o trabalho não era exatamente feito pela pessoa física, mas pela jurídica. Na sua empresa eram inseridas como despesas operacionais em relação aos custos que incorria. Logo, não pode se utilizar da empresa para o que lhe interessa, que é para ter alíquota menor do imposto de renda e abater despesas e não usá-la para o que não lhe interessa, que é quanto ao reconhecimento do vínculo de emprego. É por isso que a prova tem de ser interpretada no seu conjunto e não isoladamente.

I. RELATÓRIO

Interpõe recurso ordinário José Luiz Datena afirmando que houve rescisão indireta por falta grave patronal nos dois contratos. Tem direito às verbas rescisórias e multas contratuais. Houve decisão extra petita. Tem direito a dano moral decorrente de discriminação. A empresa deverá ser condenada nas custas da perícia. Tem direito a horas extras e adicional por acúmulo de função. Deve ser dado provimento ao recurso para modificar a sentença.



Contra-razões de fls. 1.025/56.

Apresenta Rádio e Televisão Record S/A recurso ordinário alegando que o autor não era empregado. Houve reconvenção na ação proposta no Cível. Há incompetência em razão da matéria. Não houve fraude. A recorrente é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação. Não tem direito às verbas deferidas na sentença. Não houve dano moral. Deve haver a compensação.

Contra-razões de fls. 908/1.021.

Parecer do Ministério Público de fls. 1.088. É o relatório.

II- CONHECIMENTO

Os recursos são tempestivos. Houve pagamento das custas e do depósito recursal, na forma legal (fls. 903/4). Conheço dos recursos por estarem presentes os requisitos legais.

III- FUNDAMENTAÇÃO

VOTO

A. Recurso do autor

B.

1. Fundamentação

O juiz apresentou a fundamentação do seu entendimento. Se a fundamentação está certa ou errada ou não convence a parte, deve ser objeto de recurso e não de embargos de declaração.

A sentença é fundamentada e atende os requisitos legais (art. 93, IX da Constituição e art. 832 da CLT). A fundamentação da sentença não precisa ir de encontro ao interesse da parte, mas indicar os motivos de convencimento do juiz. O que pretende a recorrente é a modificação da sentença e não nulidade por falta de motivação.

O STF já entendeu que

O que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada, não, que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional (STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 150/269).

Leciona Cândido Rangel Dinamarco que “a exigência de inteireza da motivação (Michele Taruffo) não chega ao ponto de mandar que o juiz se manifeste especificamente sobre todos os pontos, mais relevantes ou menos, ou mesmo sem relevância alguma ou quase sem relevância, que as partes hajam suscitado no processo. O essencial é motivar no tocante aos pontos relevantes e essenciais, de modo que



a motivação lançada em sentença mostre que o juiz tomou determinada decisão porque assumiu determinados fundamentos com que esta guarda coerência. A regra de equilíbrio é esta: motiva-se no essencial e relevante, dispensa-se relativamente a motivação no periférico e circunstancial” (Instituições de direito processual civil. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 242).

Não se pode confundir falta de prestação jurisdicional com orientação contrária ao entendimento da parte. Nesse caso, a matéria é de recurso. No STF há julgamentos no mesmo sentido:

A prestação jurisdicional que se revela contrária ao interesse de quem a postula não se identifica, não se equipara e nem se confunde, para efeito de acesso à via recursal extraordinária, com a ausência de prestação jurisdicional (STF, 1ª T., RE 97.557-8/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 1.7.93).

Negativa de prestação jurisdicional: não há confundir decisão contrária aos interesses da parte com negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência de ofensa do art. 5.º, XXXV da Constituição (STF, 2ª T., AGRAI 146602-2-SC, Rel. Min. Carlos Velloso).

2. Rescisão indireta

O autor declarou em depoimento pessoal que pediu demissão. Logo, não se pode falar em rescisão indireta no referido período, nem que sofreu fritura ou discriminação.

Quando se discute o vínculo de emprego não existe rescisão indireta, justamente porque a situação é controvertida. A rescisão indireta só é admissível quando o empregador reconhece o vínculo de emprego, não atendendo o disposto no artigo 483 da CLT.

No mesmo sentido a jurisprudência do TST:

Reconhecimento de vínculo de emprego – incompatibilidade com a despedida indireta. A despedida indireta é compatível com situações em que a empresa reconhece na pessoa do prestador de serviços a figura do empregado, eximindo-se das obrigações decorrentes desta posição. Quando se trata da existência de dúvida razoável acerca da natureza do vínculo, o qual perdura por longos anos, não se mostra pertinente a caracterização da despedida em comento, descabendo a condenação em verbas rescisórias. Recurso conhecido e provido. (Ac. un. da 2ª T. do TST, RR 149.475/94.6-4ª R., Rel. Min. Hylo Gurgel, j. 4-10-95, DJU 1 15-12-95, p. 44.331.)

Vínculo empregatício. Reconhecimento em juízo. Rescisão indireta. 1. O descumprimento das obrigações contratuais, na hipótese de o vínculo empregatício ter sido reconhecido em juízo, não caracteriza a rescisão indireta. 2. Revista desprovida. (Ac. un. da 3ª T. do TST, RR 33.745/91.4-2ª R., Rel. Min. Francisco Fausto Paula de Medeiros, j. 25-8-94, DJU 1 30-9-94, p. 26.360.)

Não se verifica fritura ou discriminação do autor, diante do fato de que não houve prova nesse sentido nos autos.

O fato de o autor ter sido processado pelo sr. Biela não quer dizer que há rescisão indireta do contrato de



trabalho, pois o autor não pode falar qualquer coisa em seu programa nem ofender as pessoas com seus comentários.

Não provou o autor que havia animosidade com o sr. Dennis Benaglia Munhoz.

O autor pode ter sido agredido moralmente pelo jogador de futebol Vampeta. Em relação ao cantor Agnaldo Timóteo, houve comentários desta pessoa quanto a racismo, fazendo comparação entre os governos de Celso Pitta e Marta Suplicy. Não foi, porém, agredido moralmente por nenhum funcionário da empresa. Agnaldo Timóteo e Vampeta não são funcionários da Record. Logo, não se pode falar em rescisão indireta pelo referido motivo.

Houve impugnação específica na contestação do contido na inicial. A questão é matéria de interpretação e de aplicação do direito aos fatos narrados pelas partes. Não é o caso de se aplicar os artigos 302, 349 e 334 do CPC.

A matéria rescisão indireta é também de direito, pois precisa ser analisada a postulação contida na inicial e comparada com o direito a ser aplicado ao caso concreto. Narra mihi factum, dabo tibi ius.

Não há decisão extra petita ou violação dos artigos 2.º, 128, 458 e 460 do CPC.

A Súmula 212 do TST não trata de rescisão indireta.

O juiz tratou as partes de forma igual. Não há violação ao princípio da isonomia processual ou aos artigos 2.º, 125, I, 128, 302, III e IV, 334, 515, 516, 535 do CPC e 763, 832 e 836 da CLT ou aos incisos LV, LVI do artigo 5.º da Constituição.

A testemunha do autor não presenciou animosidade entre o autor e o sr. Dennis. Logo, não poderia dizer que havia certa animosidade entre eles, por haver comentários na empresa. Não viu os fatos

Às fls. 206 o autor declarou

“mesmo tendo na época contrato em vigência com a Rádio e Televisão Record S/A, por motivos profissionais e pessoais, firmei compromisso com a TV Ômega Ltda (Rede TV), através de minha empresa JLD Mídia e Informática Ltda, para lá exercer minhas atividades profissionais, como de fato ocorreu a partir do dia 06 de maio do corrente ano.

Todas as partes envolvidas estavam cientes da multa contratual que seria devida à Rádio e Televisão Record S/A face à infração contratual por mim cometida, razão pela qual iria assumir a TV Ômega a responsabilidade pelo pagamento.

Apesar de em nada ter concorrido a Rádio e Televisão Record S/A para minha abrupta e inesperada saída, após 30 dias trabalhando na TV Ômega (Rede TV) conclui ser a Rede Record a minha melhor opção”.

Não se pode, portanto, dizer que houve rescisão indireta.



São indevidas verbas rescisórias dos dois períodos e multa contratual, pois a empresa não deu causa à rescisão indireta.

A multa do artigo 477 da CLT foi deferida nos dois períodos, segundo a sentença de fls. 758. Não há interesse do autor em recorrer.

Não houve violação ao artigo 468 da CLT para se falar em rescisão indireta (art. 483 da CLT).

3. Dano moral

Não se verifica fritura, perseguição, discriminação, sofrimento psicológico, humilhação, degradação, constrangimento, abuso moral do autor, diante do fato de que não houve prova nesse sentido nos autos. Não se verifica também nenhuma capitis diminutio. Nada disso foi demonstrado nos autos.

Não provou o autor que havia animosidade entre o autor e o sr. Dennis Benaglia Munhoz.

O autor pode ter sido agredido moralmente pelo jogador de futebol Vampeta. Em relação ao cantor Agnaldo Timóteo, houve comentários desta pessoa quanto a racismo, fazendo comparação entre os governos de Celso Pitta e Marta Suplicy. Não foi, porém, agredido moralmente por nenhum funcionário da empresa. Agnaldo Timóteo e Vampeta não são funcionários da Record. Raul Gil e Milton Neves não fizeram qualquer comentário desonroso à pessoa do autor. Logo, não se pode falar em dano moral pelo referido motivo.

Declarou o autor no programa Cidade Alerta que “ah, aliás, eu queria também mandar um abraço apertado ao Vampeta que disse ontem no programa do Milton Neves que é meu amigo pessoal. É mesmo! É um grande jogador, um jogador importante para a seleção brasileira, que está voltando a sua melhor forma, não é verdade?! E tenho absoluta certeza, eu disse isso nos comentários que fiz aqui no jogo de sábado, que ele não deveria ter uma boa participação, porque ele perdeu muitos quilos em pouco tempo e que isso iria prejudicar a sua atuação. Eu espero que você se recupere logo, viu Vampeta?! E que sirva à seleção brasileira com toda sua capacidade e todo brilhantismo que você sempre teve, também. Tá bom? Abraço apertado e muito obrigado por ter dito que você é meu amigo pessoal”.

Não se verifica que o autor se mostrou ofendido com as palavras do jogador Vampeta. Ao contrário, admite indiretamente que era seu amigo pessoal e ainda mandou um abraço apertado ao jogador, mostrando então que estava satisfeito com seus comentários, que deveriam ser inverídicos.

Se o autor quisesse, poderia processar os entrevistados. Não vejo nenhum impedimento disso ser feito hoje.

Nas fitas não há nenhum fator contendo dano moral ao autor.

O autor confessou em depoimento pessoal que pediu demissão. Não há dano moral.



A suposta fraude para sonegar direitos trabalhistas do autor não é motivo para dano moral. A matéria de pagamento das verbas pertinentes, sob o ponto de vista trabalhista. Se houve algum prejuízo material, a matéria é de dano patrimonial e não moral.

Não houve violação aos artigos 1.º, III, art. 3.º, IV, 5.º, caput, V e X, art. 7.º, XXX, XXXI da Constituição, arts. 1.553 do Código Civil e artigos 944 e 946 do novo Código Civil.

Não há fundamento para estimar a indenização em cinco meses da sua remuneração.

O autor não foi retirado do ar com o objetivo de prejudicá-lo, mas de resguardar sua imagem.

O autor é que deu causa à realização da perícia, pois esta para nada serviu, em razão de que não demonstrou que alguém da empresa o agrediu moralmente. Dessa forma, deve responder pelos honorários periciais.

4. Valor do dano moral

O juiz arbitrou o valor do dano moral, pois não há valor pré-fixado a ser pago. O fez dentro do razoável.

Previo o artigo 1.553 do Código Civil de 1916 que a forma de fixação da indenização por dano moral era por arbitramento.

Deve-se usar da razoabilidade na fixação da indenização, da lógica do razoável de que nos fala Recasens Siches e também da proporcionalidade. O juiz assim procedeu. Não há reparação a ser feita na sentença.

O valor fixado não pode ter por objetivo enriquecer o autor.

Destaque-se que toda a pretensão do autor está sendo julgada improcedente. Logo, não há dano moral a ser reparado.

5. Horas extras

A prova da jornada de trabalho era do autor, nos termos do artigo 818 da CLT, por se tratar de fato constitutivo do seu direito (art. 333, I, do CPC). Não basta serem feitas meras alegações (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*).

No Digesto já se verificava que “a prova é ônus de quem afirma e não de quem nega a existência de um fato” (XXII, 3, 2).

Como afirma Mascardus, “quem não pode provar é como quem nada tem; aquilo que não é provado é como se não existisse; não poder ser provado, ou não ser é a mesma coisa” (Apud Almeida Jr., João Mendes de. Direito judiciário brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 172).



O juízo não determinou a juntada de cartões de ponto por parte da empresa. Logo, não se pode presumir verdadeira a jornada indicada na inicial (art. 359 do CPC).

O parágrafo 2.º do artigo 74 da CLT dispõe sobre norma de fiscalização trabalhista, não estando incluído no capítulo da CLT que trata do processo do trabalho, mais especificamente sobre prova, pois está inserido aquele comando legal no capítulo que trata da “Duração do Trabalho”. Caso o juiz determinar que a empresa tenha que fazer prova dos cartões de ponto, por verificar que a reclamada tem mais de dez empregados, aí sim, deverá a empresa trazer aos autos os cartões de ponto, sob pena de não o fazendo serem considerados como verdadeiros os fatos alegados na inicial (art. 359 do CPC).

O autor também não disse na inicial que tinha cartão de ponto.

O autor não provou o trabalho em horas extras. Os depoimentos de suas testemunhas não são condizentes com os do autor, até mesmo pelo fato de que suas testemunhas trabalhavam externamente. Logo, não podem ser considerados seus depoimentos.

Não há prova de que o autor excedeu a jornada de 8 horas e 44 semanais.

Por não ser empregado, o autor não tinha jornada fixa. São indevidas horas extras e reflexos.

6. Intervalo

A prova de ausência de intervalo é do empregado, por se tratar de fato constitutivo do seu direito, nos termos do artigo 818 da CLT e inciso I do artigo 333 do CPC.

O ordinário se presume e o extraordinário deve ser provado. É a orientação de Nicola Framarino del Malatesta, que também se aplica ao processo do trabalho. Afirma o autor que “a experiência nos diz que são muito numerosos os direitos gozados legitimamente, que os ilegítimamente; mostra-nos, em outro termos, que, no maior número de casos, os direitos gozados por uma pessoa o são legitimamente. Por isso é ordinário que se goze um direito que nos pertence, assim como também é extraordinário que se goze um direito que não nos pertence.

A experiência nos mostra que é maior o número das obrigações reconhecidas e cumpridas extrajudicialmente que as reconhecidas e cumpridas judicialmente; em outros termos, no maior número de casos as obrigações são reconhecidas e cumpridas sem ser preciso recorrer à Justiça. Por isso, o reconhecimento das obrigações sem debate judicial é ordinário e o não-reconhecimento, extraordinário. Deriva daí que o autor que impugna um direito gozado pelo demandado, pede judicialmente o reconhecimento ou cumprimento de uma obrigação, não faz mais que afirmar um estado de coisas contrário ao que está no curso ordinário, um estado extraordinário. Por isso, cabe-lhe a prova, pois a presunção de ter razão assiste ao demandado. Este ponto de vista me parece claro e determinado para entender e admitir a máxima romana: *onus probandi incumbit actori*” (A lógica das provas em matéria criminal. Campinas: Conan, 1995, pp. 148-149), isto é, o ônus da prova incumbe ao autor.



O normal é ter intervalo de uma hora. O anormal, não ter intervalo ou ter intervalo inferior ao legal, deve ser provado pelo empregado.

No mesmo sentido julgado no qual fui relator:

Ônus da prova. Intervalo. A prova de intervalo de 30 minutos era do reclamante, nos termos do artigo 818 da CLT. O ordinário, que é ter intervalo normal de uma hora é presumido. O extraordinário, Ter intervalo inferior, deve ser provado. O autor não fez prova quanto ao intervalo de 30 minutos. Assim, presume-se que tinha 1 hora de intervalo, sendo indevidas diferenças nesse sentido. Recurso, nesse ponto, provido (TRT 2.^a R, RO 02990125153, Ac. 3^a T, 20000027965, Rel. Juiz Sergio Pinto Martins, DJ SP 15.2.00, p. 9).

O autor não fez prova de suas alegações de que trabalhava em intervalo, além do que não era empregado.

7. Adicional por acúmulo de função

O reclamante no período em que foi âncora do programa não exercia acúmulo de função para se falar no pagamento do adicional respectivo.

No primeiro contrato o adicional foi deferido pela sentença de fls. 749.

O autor ainda não era empregado.

Entendo correta a sentença no ponto em que determinou a compensação do valor adicional à remuneração em virtude do acréscimo de funções (fls. 749).

A empresa requereu compensação na defesa. Não há violação aos artigos 128 e 460 do CPC.

8. Coisa julgada

Houve coisa julgada em relação ao que consta às 241 dos autos, pois foi dito que foi dada “ampla e geral quitação a todas as obrigações contratuais, para nada mais reclamarem ou pleitearem, seja a que título for, uma parte da outra, em qualquer Juízo, Instância ou Tribunal, em relação ao `Instrumento Particular de Contrato de Prestação de Serviços`, firmado pelas partes em 25 de março de 2002, que constitui o objeto da presente demanda”. O acordo foi homologado conforme o documento 98 do volume de documentos.

A desconstituição do referido período teria de ser objeto de ação rescisória.

Pouco importa que foi a ré quem pagou as custas do processo e assumiu a contratação de advogado para a defesa do autor no processo contra a TV Ômega.

9. Prescrição



A prescrição deve ser contada nos cinco anos anteriores à propositura da ação.

Esclarece o inciso I da Súmula 308 do TST que respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato.

O Refis não é fundamento para interrupção de prazo prescricional, pois a empresa não confessa o reconhecimento do contrato de trabalho entre as partes. Não existe confissão extrajudicial da empresa em relação ao reconhecimento do vínculo de emprego. Logo, não se aplicam ao caso dos autos os incisos V e VI do artigo 202 do Código Civil.

10. Imposto de renda e contribuição previdenciária

Informa o inciso I da Súmula 368 do TST que a Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais provenientes das sentenças que proferir. A competência da Justiça do Trabalho para execução das contribuições previdenciárias alcança as parcelas integrantes do salário de contribuição, pagas em virtude de contrato de emprego reconhecido em juízo, ou decorrentes de anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, objeto de acordo homologado em juízo.

Entretanto, não está sendo reconhecido o vínculo de emprego entre as partes para se falar em diferença de alíquotas de imposto de renda ou de previdência social e pagamento de valores líquidos.

11. Litigância de má-fé

A empresa não é litigante de má-fé, apenas postula aquilo que entende devido a título da sua defesa. A matéria é inclusive de prova e da sua interpretação e não de litigância de má-fé.

O fato de a empresa ter aderido ao Refis não implica que é litigante de má-fé, pois não reconhece que o autor era empregado.

12. Multa

Não houve fraude na contratação do autor. Assim, não se pode falar em multa contratual.

Já foi dito que a empresa não confessou que o reclamante era empregado. O fato de ter aderido ao Refis não implica que o autor era empregado.

Declarou o autor às fls. 206 que

“Todas as partes envolvidas estavam cientes da multa contratual que seria devida à Rádio e Televisão Record S/A face à infração contratual por mim cometida, razão pela qual iria assumir a TV Ômega a responsabilidade pelo pagamento.

Apesar de em nada ter concorrido a Rádio e Televisão Record S/A para minha abrupta e inesperada



saída, após 30 dias trabalhando na TV Ômega (Rede TV) conclui ser a Rede Record a minha melhor opção”.

Pela própria confissão do autor não se pode falar em multa contratual.

A multa do parágrafo 8.º do artigo 477 da CLT foi deferida no dispositivo da sentença, como consta às fls. 758/9. O autor não tem interesse em recorrer.

Em razão de que não se está reconhecendo o vínculo de emprego entre as partes, nada é devido ao autor.

B- Recurso da empresa

1. Suspensão do feito

Não é o caso de se suspender o feito, pois o reconhecimento do vínculo de emprego é postulado apenas no presente processo.

A questão de existir outra ação proposta perante o juízo cível é de interpretação da prova contida nos autos e não de suspensão do feito.

Não se pode falar em conexão em relação a ações que foram propostas em juízos diferentes, uma na Justiça Estadual e outra na Justiça do Trabalho.

A competência da Justiça do Trabalho é imposta pelo artigo 114 da Constituição. As partes não podem escolher em que Justiça irá ser proposta a ação.

2. Incompetência em razão da matéria

A Justiça do Trabalho é competente em razão da matéria (art. 114 da Constituição) para julgar o caso dos autos, pois o reclamante postula reconhecimento do vínculo de emprego.

3. Incompetência para o dano moral

A Justiça do Trabalho é competente para examinar o pedido de dano moral. Essa competência decorre do fato de, apesar do dano ser civil, de responsabilidade civil prevista no Código Civil, a questão é oriunda do contrato de trabalho. Estaria, portanto, incluída essa competência no artigo 114 da Constituição, que prevê que controvérsias entre empregado e empregador ou controvérsias decorrentes da relação de trabalho são de competência da Justiça do Trabalho.

O inciso IV do art. 652 da CLT atribui competência às Varas do Trabalho para julgar “os demais dissídios concernentes ao contrato individual do trabalho”. A Justiça do Trabalho tem, por exemplo, competência para resolver questões pertinentes à anulação ou cancelamento de suspensão ou advertência. Uma das controvérsias que pode advir do contrato individual de trabalho é o dano moral praticado pelo empregador contra o empregado, pelo fato de o primeiro ofender o segundo no horário de



trabalho e durante o serviço.

Destaque-se que o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho (§ único do art. 8.º da CLT). Leia-se por direito comum o Direito Civil, o que importa na aplicação do artigo 186 do Código Civil. É desnecessário que a norma pertença ao campo do Direito do Trabalho para ser aplicada na Justiça Laboral, podendo pertencer ao Direito Civil e ter incidência na relação de emprego ou na relação processual. Exemplo: a aplicação do artigo 412 do Código Civil para limitar a multa prevista na norma coletiva. Trata-se apenas da aplicação subsidiária do direito comum, como prevê o parágrafo único do art. 8.º da CLT.

Sendo o ato ilícito também um ilícito trabalhista, relacionado com o contrato de trabalho, a competência é da Justiça do Trabalho. É o que ocorreria se fosse atribuída ao empregado a pecha de danificação de bens, roubo, furto ou apropriação indébita, decorrentes da existência do contrato de trabalho e da própria continuidade da relação de emprego. Nesse caso, a competência seria da Justiça do Trabalho para analisar a questão relativa ao dano moral.

O TST já entendeu que se a relação é entre empregado e empregador, mesmo que relativo ao cadastramento no Programa de Integração Social, a competência é da Justiça do Trabalho (En. 300). Isso ocorre justamente porque a questão é decorrente do contrato de trabalho. O antigo TFR tinha a Súmula 82 mostrando que “compete à Justiça do Trabalho processar e julgar reclamações pertinentes ao cadastramento do Plano de Integração Social (PIS) ou indenização compensatória pela falta deste...”. O STF, inclusive, já entendeu da mesma forma, mostrando que a competência é da Justiça do Trabalho para julgar a indenização do PIS. Da mesma maneira, na impediria a apreciação do dano moral pela Justiça do Trabalho se o fato for decorrente do contrato de trabalho mantido entre as partes.

Nada impediria a apreciação do dano moral pela Justiça do Trabalho como no caso de o fato for decorrente do contrato de trabalho mantido entre as partes.

É preciso fazer distinção do dano moral ocorrido, para os fins inclusive de se verificar a competência da Justiça do Trabalho. Se a afirmação é feita a pessoa civil, a competência seria da Justiça Comum. Se a afirmação é decorrente do contrato e, por exemplo, foi proveniente da dispensa do trabalhador, estamos diante da competência da Justiça do Trabalho. Deve-se verificar a quem foi imputada certa conduta negativa, se o foi a pessoa civil ou ao cidadão, como desonesto, ímprobo ou se ela foi endereçada ao empregado, chamando-o de desonesto. Se o empregado foi acusado de certa situação enquanto trabalhador que prestava serviços na empresa, a competência será da Justiça do Trabalho para apreciar a indenização decorrente de dano moral.

Quem fixa, porém, a competência para julgar a matéria é a lei que trata da competência e não a lei de direito material. Necessariamente não é apenas a causa de pedir e o pedido que irão fixar a competência, mas dependerá da hipótese a analisar.

Com fundamento na Constituição anterior o STF tinha entendido que “rege-se pela lei civil a ação indenizatória com base no ato ilícito, recai no âmbito da competência da Justiça do Trabalho, não



obstante ter sido o ato praticado durante a pretérita relação de trabalho entre as partes”.

Mais recentemente decidiu o STF que, se houve promessa de venda de apartamento pelo empregador ao empregado, durante o contrato de trabalho ou para efeito do trabalho, houve a inclusão de cláusula nesse sentido no contrato de trabalho. Embora a matéria seja de natureza civil, a competência é da Justiça do Trabalho:

Justiça do Trabalho – Competência. Art. 114: Ação de empregado contra empregador, visando a observância das condições negociais da promessa de contratação formulada pela empresa em decorrência da relação de trabalho.

1. Compete à Justiça do Trabalho julgar demanda de servidores do Banco do Brasil para compelir a empresa ao cumprimento da promessa de vender-lhes, em dadas condições de preço e modo de pagamento, apartamentos que, assentindo em transferir-se para Brasília, aqui viessem a ocupar, por mais de cinco anos, permanecendo a seu serviços exclusivo e direto.

2. À determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho (STF, CJ 6.959-6, Rel. design. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23-5-90, DJU, 22-2-91, p. 1.259, LTr 59-10/1.370).

Em seu voto o Ministro Sepúlveda Pertence esclareceu que “para saber se a lide decorre da relação de trabalho não tenho como decisivo, data venia, que a sua composição judicial penda ou não de solução de temas jurídicos de direito comum, e não, especificamente, de Direito do Trabalho. 8- O fundamental é que a relação jurídica alegada como suporte do pedido esteja vinculada, como o efeito à sua causa, à relação empregatícia, como parece inquestionável que se passa aqui, não obstante o seu conteúdo específico seja o de uma promessa de venda, instituto de Direito Civil.....”.

O STF fixou a competência para julgar dano moral decorrente da relação de trabalho é da Justiça do Trabalho (1ª T., RE 238.737-4-SP, j. 17-11-98, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, LTr 62-12/1620).

A Orientação Jurisprudencial n.º 327 da SBDI-1 do TST entendeu que a competência para julgar dano moral é da Justiça do Trabalho: “nos termos do art. 114 da CF/88, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrer da relação de trabalho”.

O inciso VI do artigo 114 da Constituição também assegura a competência da Justiça do Trabalho para julgar dano moral decorrente do contrato de trabalho.

4. Ilegitimidade de parte

A ré é parte legítima para figurar no polo passivo da ação, pois a ação foi proposta contra a empresa.

O reclamante entende que o vínculo de emprego forma-se com a empresa.



Logo, não há ilegitimidade de parte.

Há apenas necessidade de se verificar se o reclamante é ou não empregado, que demanda a análise da prova contida nos autos.

5. Carência da ação

As verbas pagas apenas quitam o valor pago e não as rubricas. A quitação só é dada sobre aquilo que foi pago, como estabelece o artigo 940 do Código Civil. Por óbvio, o que não foi pago não está quitado. Não há que se falar em ato jurídico perfeito (art. 5.º, XXXVI, da Constituição), pois a assistência no órgão sindical apenas quita o que foi pago e não o contrato de trabalho. Não há que se falar em carência de ação.

Afirma Arruda Alvim que “se a parte sofre um prejuízo não propondo a demanda e dá resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais” (Código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, vol. I, p. 316). Isso mostra a necessidade de intervenção do Judiciário e o interesse de agir da parte. Leciona, ainda, Arruda Alvim que “essa necessidade se encontra naquela situação que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de – se não o fizermos – vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (direito de que nos afirmamos titulares)” (op. cit., p. 318) É o que ocorre no caso dos autos, em que o autor tem interesse de agir. Rejeito.

Há quitação em relação ao contido às fls. 241 dos autos, pois foi dito que foi dada “ampla e geral quitação a todas as obrigações contratuais, para nada mais reclamarem ou pleitearem, seja a que título for, uma parte da outra, em qualquer Juízo, Instância ou Tribunal, em relação ao `Instrumento Particular de Contrato de Prestação de Serviços`, firmado pelas partes em 25 de março de 2002, que constitui o objeto da presente demanda”. O acordo foi homologado conforme o documento 98 do volume de documentos. A matéria, portanto, também diz respeito ao contrato postulado na Justiça do Trabalho firmado em 25 de março de 2002. Nesse ponto, há coisa julgada.

6. Inépcia

A inicial atende os requisitos do parágrafo 1.º do artigo 840 da CLT, pois tem causa de pedir e pedido. A questão relativa ao vínculo de emprego é de mérito.

7. Confissão

Não há confissão da empresa em relação à adesão ao Refis, pois a ré não confessou que o autor era empregado. Aliás, discute a condição de empregado do autor, alegando que a relação havida entre as partes seria civil.



Às fls. 732/3 não há confissão da empresa de que o autor era empregado, mas apenas de que aderiu ao Refis. Não há também confissão de fraude.

Não se discute a previsão do inciso I do artigo 3.º da Lei n.º 9.964 no sentido de que a opção pelo Refis sujeita a pessoa jurídica a confissão irrevogável e irretratável dos débitos.

A fiscalização do INSS não tem competência para dizer se existe ou não vínculo de emprego entre o autor e a Rádio e Televisão Record. Essa matéria é de estrita competência da Justiça do Trabalho (art. 114 da Constituição).

Os documentos de fls. 93/132 não mostram que o reclamante era empregado.

Indicam os documentos de fls. 17/119/121/122/123/125/126/128/130 que a empresa foi autuada, mas não que reconhece que o reclamante era empregado. Já foi dito que a fiscalização do INSS não pode decidir a respeito de vínculo de emprego, pois não tem competência constitucional para esse fim, que é atribuída à Justiça do Trabalho.

Os documentos de fls. 350/71 não demonstram que o reclamante era empregado, mas apenas que a empresa aderiu ao Refis.

Não há litigância de má-fé da empresa, que apenas apresenta a defesa que entende cabível para o caso dos autos.

8. Coisa julgada

Não há coisa julgada de reconhecimento de vínculo de emprego, pois, na Justiça Federal, as partes não são as mesmas. O autor não é parte na ação na Justiça Federal. Logo, não se pode falar em coisa julgada.

9. Nulidade do ato instrutório

O juiz tem amplos poderes no ato instrutório, conforme o artigo 765 da CLT, podendo determinar qualquer diligência que entender necessária. Nada impede, portanto, que determine a inversão do ônus da prova.

O artigo 818 da CLT não trata da ordem da produção da prova, mas apenas que a pessoa que alega deve fazer prova.

Não há nulidade do ato instrutório, pois não resultou qualquer prejuízo processual para a empresa.

10. Prescrição

O juízo de primeiro grau já observou a prescrição das verbas anteriores a cinco anos da propositura da ação (fls. 737).



11. Confissão real

O fato de haver pagamento de 13.º salário e férias ao reclamante num primeiro período não quer dizer que o autor era empregado, pois esses pagamentos também são feitos a diretores não empregados. Meu pai, por exemplo, que era contador autônomo, cobrava a mensalidade dos seus clientes, mas também o 13.º salário. Férias também têm diretores não empregados nas empresas. A existência pura e simples de tais pagamentos não significa que o autor era empregado. Há necessidade de examinar outras provas contidas nos autos no seu conjunto e não fatos isolados.

O pagamento de salário fixo mensal mais plus indica que o autor recebia remuneração, mas isoladamente não comprova que o autor era empregado.

A circunstância de o autor estar incluído em plano de saúde da empresa (fls. 144) não quer dizer que era empregado, mas que recebia pagamentos diferenciados em razão da sua condição diferenciada de trabalhador. Era um benefício pago a alto executivo, que estaria incluído no pacote do pagamento ao autor, mas não indica que era empregado.

A jurisprudência indicada pelas partes nas suas respectivas peças processuais não vincula o juiz, pois representa o entendimento do magistrado para aquele caso, de acordo com as respectivas provas e não para outros casos.

Dos documentos contidos nos autos verifica-se que a empresa do autor também prestava serviços, inclusive pela falta da apresentação de todas as notas fiscais.

O reclamante se utilizava de sua empresa para abater despesas para fins de imposto de renda.

Foi feita contratação entre a JLD e a ré.

Às fls. 635 a empresa confessou que a contratação foi da empresa JLD.

O âncora do programa era o autor, mas a prestação de serviços também se dava por meio de sua empresa, tanto que emitia notas fiscais, deduzia despesas para fins de imposto de renda.

Dos documentos juntados aos autos não se verifica que havia pessoalidade na prestação de serviços do autor, tanto que prestava serviços para outras empresas, como se depreende de seu depoimento pessoal, inclusive por meio da pessoa jurídica (notas fiscais não trazidas aos autos).

O fato de haver pagamento fixo não implica que o autor era empregado, tanto que o valor também foi aumentado em virtude da audiência do programa. Não há confissão da preposta.



A circunstância de o autor ser substituído pelo sr. Márcio Campos, como asseverado pela preposta, mostra que o autor tinha autonomia na prestação de serviços, tanto que a testemunha Neusa Rocha declarou que quando o autor não ia, avisava sobre a falta por telefone. Não há confissão da preposta.

Não havia dependência técnica do autor, tanto que as testemunhas admitiam que poderia recusar a utilização de ponto eletrônico e tinha independência nas opiniões do programa, como verifica qualquer pessoa que assistir o programa do autor, inclusive as próprias fitas contidas nos autos.

Não é necessária a exclusividade da prestação de serviços pelo empregado ao empregador para a configuração da relação de emprego. O obreiro pode ter mais de um emprego, visando ao aumento da sua renda mensal. Em cada um dos locais de trabalho, será considerado empregado. A legislação mostra a possibilidade de o empregado ter mais de um emprego. O artigo 138 da CLT permite que o empregado preste serviços em suas férias a outro empregador, se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de contrato de trabalho regularmente mantido com aquele. O artigo 414 da CLT mostra que as horas de trabalho do menor que tiver mais de um emprego deverão ser totalizadas.

Apesar de que exclusividade não é requisito do contrato de trabalho, pois o empregado pode prestar serviços para mais de uma empresa ao mesmo tempo, o autor não tinha exclusividade, tanto que confessou que prestava serviços para outras empresas, o que também é evidenciado pela falta de juntada das notas fiscais determinadas pelo juízo. O depoimento da preposta tem de ser analisado em conjunto com o depoimento do próprio autor, que indica não haver exclusividade na sua prestação de serviços.

Prestando serviços para outras empresas, o autor não era dependente econômico exclusivamente da ré.

Se havia proibição de o autor não exercer atividade para outra empresa, como consta do documento de fls. 324 do segundo volume de documentos, ela era desrespeitada também pelo próprio postulante, como se verifica de seu depoimento pessoal.

As questões técnicas do programa são estabelecidas pela empresa, como se depreende do depoimento pessoal da ré, mas o autor tinha liberdade de atuação, como se verifica do depoimento da testemunha Neusa.

O programa Cidade Alerta é de propriedade da ré e não do autor.

As confissões da empresa em depoimento pessoal têm de ser analisadas em conjunto com as confissões do autor, que também confessa a prestação de serviços para outras empresas, que utilizava da sua empresa para deduzir despesas no imposto de renda, etc.

Não vejo poder diretivo e subordinação do autor à empresa, mas autonomia na prestação de serviços e nos seus comentários na direção do programa.

A notificação extrajudicial da ré ao autor não indica poder de direção da empresa ou subordinação do autor, mas infração contratual em pacto de prestação de serviços que foi mantido entre as partes. Os excessos do programa Cidade Alerta, cometidos pelo autor, representam infração contratual ao pacto firmado entre as partes. Não há confissão da ré no sentido de que o autor era empregado ou que tinha



subordinação.

A diretoria tratava de certas questões técnicas do programa, que é o que se depreende do depoimento da primeira testemunha do autor.

Como o programa Cidade Alerta é da empresa, ela põe o apresentador que quer, como o sr. Márcio Campos, da forma como admite a primeira testemunha da empresa. Isso pode ser uma forma de compatibilização em relação a ausências do autor para prestar serviços por sua conta para outras empresas, pois o autor avisava por telefone que não viria (testemunha Neusa).

As reuniões tinham por objetivo verificar se o programa agrada à audiência e insistir ou não em certa linha que deva ser adotada. Não indica subordinação.

A testemunha Neusa foi clara no sentido de que não havia necessidade de justificar a ausência. Logo, não havia nenhuma punição caso o autor faltasse e não avisasse a empresa.

Do depoimento truncado transcrito às fls. 953 não se verifica que o autor tinha necessidade de avisar a empresa em caso de faltas, pois não disse que havia necessidade de justificar a falta por parte de outra área. Não foi incisivo no sentido de que havia essa necessidade.

O parágrafo 1.º da cláusula 19 do contrato mantido entre as partes não era respeitado pelo próprio autor, tanto que faltava e não há prova nos autos de que houve qualquer desconto, que, inclusive, não está sendo reivindicado nos autos.

O fato de a pauta ter de ser submetida à empresa é corolário de o programa ser da empresa (cláusula 20 do contrato de fls. 183, documento 16). Não indica subordinação.

A circunstância de a cláusula 4ª do contrato mantido entre as partes estabelecer que havia supervisão da contratante, indica que o programa Cidade Alerta é da empresa. Toda pessoa, principalmente o jornalista, deve ser imparcial ao julgar certos fatos. O reclamante não poderia proceder de outra forma.

Sendo o programa da empresa, havia, portanto, necessidade de discutir a realização dos serviços, como consta do item 5 da cláusula I do documento 19 de fls. 191. Não se verifica subordinação, que tem de ser examinada com outros elementos contidos nos autos e não isoladamente, como pretende o autor nas contra-razões.

A prestação de serviços a vários programas da empresa está de acordo com o que disse a preposta às fls. 635. Entretanto, isso não indica confissão real da preposta, diante do fato de que o autor também prestava serviços para outras empresas, diversas da ré, o que também foi admitido em seu depoimento pessoal.

Do contrato de fls. 182 não consta que o autor tinha de justificar faltas.



12. Capitalismo

A forma como a empresa exerce sua atividade econômica, decorrente do capitalismo, não é matéria de análise por parte do juiz, pois o caput do artigo 170 da Constituição assegura a livre iniciativa.

A política e a postura empresarial utilizadas pela empresa podem caracterizar fraude, mas esta não se presume, deve ser analisada em cada caso.

Já se disse que o fiscal do INSS não tem competência para decidir se há vínculo de emprego, muito menos pela análise de certo pagamento a título de gratificação. Só o pagamento não indica que há vínculo de emprego entre as partes.

Se a existência de fraude na empresa não é um fato isolado, a matéria é de prova e não de presunção. Não se pode presumir que em todos os casos existam fraudes. Cada caso tem de ser sopesado individualmente.

O fato de os trabalhadores da empresa serem ou não registrados não é matéria de discussão nestes autos. Deve ser objeto de postulação individual por parte de cada um dos interessados. As pessoas que compareceram na audiência são trabalhadores e não necessariamente empregados.

A circunstância de a empresa não ter registrado as suas duas testemunhas não quer dizer que elas eram empregadas e que o autor também é empregado. A matéria é da prova contida nos autos.

As partes devem se abster de fazer comentários ideológicos a respeito de capitalismo ou do proletariado, pois essa matéria não está sendo discutida nos autos, mas sim a relação de emprego entre as partes, que depende do exame do conjunto da prova contida nos autos.

13. Vínculo de emprego

O autor prestou serviços para a ré em dois períodos: 2.3.96 a 30.4.2002 e de 13.6.2002 a 22.2.2003, conforme consta da inicial de fls. 6. Afirmo que ganhava R\$ 200.000,00 como último salário.

O autor não é um trabalhador comum. Tinha ciência da forma de contratação e não é uma pessoa sem instrução que não entendeu a forma da contratação, além do que recebia retribuição em valor considerável.

O reclamante declarou em depoimento pessoal que trabalhou para a Rádio Record. Transmitiu jogos para a empresa Traffic, que nada tem a ver com a Record. Essa empresa tem mais relacionamento com outras empresas, pois é do empresário J. Havilla. No final do período contratual houve a emissão de notas fiscais da JLD para a Rede Bandeirantes, indicando também que prestou serviços para a Bandeirantes no período trabalhado na Record e não foi por determinação desta última empresa. Durante o período reclamado trabalhou para Rede TV (fls. 633). Houve emissão de notas fiscais a alguns financiadores de publicidade do programa do depoente, que eram referentes a publicidades veiculadas no Programa Cidade Alerta (fls. 633). Não há prova no sentido de que a empresa exigiu que o reclamante recebesse dos anunciantes. Dessa forma, parte do pagamento do autor foi feito pelos anunciantes e não



pela ré. Informou que pediu demissão (fls. 634), não sendo, portanto, dispensado ou tendo havido rescisão indireta. Não provou a referida perseguição para pedir demissão. Declarou que chegava às 12 horas, embora o programa começasse às 18 horas. Tirava o ponto eletrônico algumas vezes (fls. 634).

A realidade dos fatos indicou que o autor recebia dos anunciantes da empresa, pois confessou tal fato em depoimento pessoal, ao contrário do que consta às fls. 156.

Cabível ao caso a aplicação ao caso do capítulo 12, versículo 37, da Bíblia, quando afirma “.. porque, pelas tuas palavras, será justificado e, pelas tuas palavras, serás condenado” (Mateus).

O depoimento do autor mostra que não havia exclusividade na prestação de serviços, apesar da menção de fls. 154. Poderia, portanto, prestar serviços para terceiros e não há prova nos autos que isso tenha sido feito por imposição da empresa, como alegou o autor em depoimento pessoal. Assim, deve ser observada a realidade dos fatos de que não havia exclusividade.

O salário do autor inclusive foi aumentado em razão do aumento da audiência do programa, que, assim, dava mais retorno dos patrocinadores.

Informou o autor às fls. 634 que pagava imposto de renda por meio da empresa JLD e também pagava o seu pessoal. Isso indica que assumia riscos de sua atividade, por meio da sua empresa e que também o trabalho não era exatamente feito pela pessoa física, mas pela jurídica. Na sua empresa eram inseridas como despesas operacionais em relação aos custos que incorria. Logo, não pode se utilizar da empresa para o que lhe interessa, que é para ter alíquota menor do imposto de renda e abater despesas e não usá-la para o que não lhe interessa, que é quanto ao reconhecimento do vínculo de emprego. É por isso que a prova tem de ser interpretada no seu conjunto e não isoladamente.

O benefício da tributação do imposto de renda pela pessoa jurídica é evidente, pois em vez de ter retenção na fonte de 27,5% o autor tinha 1,5%, além de poder deduzir despesas na própria empresa, que eram abatidas de eventual lucro que tivesse.

A emissora de televisão não coloca qualquer pessoa para ser o âncora de um determinado programa. Coloca como âncora uma pessoa que atrai a audiência e angaria propaganda. Como o reclamante recebia dos anunciantes, provavelmente negociava com eles as cotas de patrocínio.

Estranha-se também que a relação entre as partes estava tão desgastada, mas ainda sim o autor voltou à Record para trabalhar novamente. Se a relação entre as partes estava desgastada, o autor não deveria ter voltado a trabalhar na empresa, por animosidade entre as partes. Tendo o autor voltado a trabalhar na empresa, é porque não havia animosidade entre os envolvidos. .

A testemunha Luiz Gonzaga Mineiro informou que editorialmente a empresa concede independência de opinião para o jornalista. O autor chegava para o programa uma duas ou três horas antes, dependendo do dia (fls. 636). Assim, não chegava às 12 horas, como disse o autor. O autor poderia informar sua ausência do programa de várias maneiras. Não haveria necessidade de justificar a ausência do autor na



área de jornalismo (fls. 637). Foram usados vários outros apresentadores (fls. 637).

O referido depoimento mostra que não havia subordinação, pois o autor poderia faltar, sem ter de justificar sua ausência para um trabalhador comum.

A testemunha Neusa Rocha declarou que o autor chegava por volta de 15/16 horas. Não havia horário definido para o autor (fls. 638). O autor poderia recusar a mensagem passada pelo ponto eletrônico e continuar na anterior. Havia liberdade de comentários pelo apresentador. Quando o autor não ia, avisava sobre a falta por telefone. Não havia necessidade de justificar a ausência. A decisão de inserir matérias novas ou mesmo deixar de inserir matérias previstas na pauta, muitas vezes era do próprio autor. Em caso de divergência de opiniões sobre a veiculação de determinadas matérias, às vezes prevalecia a opinião do autor. Outras vezes o próprio autor vinculava um assunto que estava sendo veiculado com outro e a redação ia atrás das informações e imagens cabíveis.

O depoimento da testemunha acima também não indica subordinação, mas liberdade na atuação, tanto que o autor não precisava justificar a ausência. Empregados precisam justificar ausências, já que o autor não era gerente, diretor ou ocupava qualquer cargo de direção na empresa.

A testemunha Márcio Campos Dias trabalhou para a ré de 20.3.00 a 1.4.03. Prestava serviços externos como jornalista-repórter. Logo, não poderia saber a respeito de reuniões ou de imposições do diretor de jornalismo. Trabalha para a Bandeirantes desde 2.4.03. Provavelmente foi o autor que o levou para trabalhar na referida empresa, pois trabalha no mesmo programa (Brasil Urgente). Assim, não se pode considerar o referido depoimento, dada a amizade existente entre ambos.

Não se diga que a matéria é de contradita, mas de interpretação da validade do seu depoimento.

A testemunha Lúcio José Tabarelli também prestava serviços como repórter externo. Trabalhou para a empresa de 1.3.99 a 19.2.03. Não poderia dizer que o reclamante estava obrigado a cumprir ordens na condução do programa, pois trabalhava externamente. Também foi trabalhar na Bandeirantes, provavelmente a convite do autor, no mesmo programa (Brasil Urgente). Não presenciou ordens ao reclamante em relação ao conteúdo da matéria (fls. 640). Seu depoimento é contraditório quando afirma que o reclamante recebia ordens para a condução do programa, mas ao mesmo tempo afirma que não havia ordens para o autor sobre o conteúdo da matéria. Logo, o referido depoimento também não mostra credibilidade como prova.

Às fls. 135/9 existe o contrato social da empresa do autor. A referida empresa foi constituída em 1.2.1996 (fls. 137), em período muito anterior ao trabalhado na Record. Logo, por esse ângulo não se pode falar em fraude (art. 9.º da CLT).

Há vários contratos de prestação de serviços firmados pela empresa do autor com a ré às fls. 143/160, 162/72, 173/86, 187/8, 189/90, 198/203.

A cláusula 4ª do contrato de fls. 144 mostra que as despesas, inclusive encargos legais e fiscais ficariam a cargo da empresa do autor.



A correção da remuneração pelo índice dos radialistas (fls. 145) não quer dizer que o autor empregado, mas sim que havia correção da remuneração. A referida cláusula tem de ser interpretada em conjunto com o restante da prova contida nos autos e também com o depoimento pessoal do autor.

O autor tinha ciência pela cláusula 6ª de fls. 145 que não havia vínculo de emprego entre as partes. O contrato era regido pelos artigos 1.216 a 1.236 do Código Civil, conforme cláusula 12ª de fls. 146.

A cláusula de fls. 153 mostra que o autor poderia fazer comentários.

Às fls. 260/83 há várias notas fiscais de prestação de serviços da empresa do autor para a ré. Essas notas fiscais mostram que o serviços não eram prestados exclusivamente à reclamada, pois faltam números de notas fiscais, como de 17 a 19, 23, 26, 50, 59, 62, 64 a 65 e outros.

O autor não juntou as notas fiscais determinadas pelo juízo às fls. 634. Presume-se, portanto que prestava serviços para outras pessoas e não apenas para a ré, mediante a emissão de notas fiscais (art. 359 do CPC).

O próprio autor confessou às fls. 206 que

“mesmo tendo na época contrato em vigência com a Rádio e Televisão Record S/A, por motivos profissionais e pessoais, firmei compromisso com a TV Ômega Ltda (Rede TV), através de minha empresa JLD Mídia e Informática Ltda, para lá exercer minhas atividades profissionais, como de fato ocorreu a partir do dia 06 de maio do corrente ano”.

Não se pode, portanto, admitir o depoimento pessoal do autor no sentido de que sua empresa nunca existiu. A prestação de serviços também era feita pela sua empresa.

O autor apresentou reconvenção na ação proposta pela empresa, como consta do documento 384 do volume de documentos, alegando inexistir inadimplemento contratual, indicando que havia prestação de serviços civis entre as partes.

O documento de fls. 133 indica apenas infração contratual de natureza civil e não trabalhista, tanto que é isso que lá consta. Não se pode entender tal documento como subordinação, diante do depoimento pessoal do autor.

Não se verifica que a empresa determinava minuciosamente como autor deveria agir, mas, ao contrário, que o autor tinha liberdade de atuação, como evidenciam, inclusive, as testemunhas da empresa.

A prova foi examinada no seu conjunto e não isoladamente, como pretende o autor, apenas naquilo que lhe interessa.

Há precedente desta 2ª Turma na ação em que José Luiz Datena propôs contra TV Ômega Ltda, proc. 01850.2002.201.02.00-7, em que a turma acompanhou o voto da eminente juíza Rosa Maria Zuccaro,



mantendo a sentença da 1ª Vara do Trabalho de Barueri, não reconhecendo o vínculo de emprego entre as referidas partes. Um dos fundamentos é justamente o contrato de prestação de serviços entre as partes, em que o autor se utilizava também da sua empresa, mediante contrato de prestação de serviços semelhante ao contido nos autos.

A realidade dos fatos demonstra que o autor não era empregado. Assim, também não podem ser observados os artigos 444 e 468 da CLT.

A empresa provou suas alegações (art. 333, II, do CPC).

Estão ausentes os requisitos dos artigos 2.º e 3.º da CLT para a configuração do vínculo de emprego entre as partes.

O autor era um prestador de serviços, que eram feitos inclusive por meio de sua empresa, não sendo empregado.

O voto juntado por petição da minha lavra diz respeito a outra pessoa, diversa do caso dos autos. Cada caso é um caso. Há necessidade de verificar os requisitos contidos nos artigos 2.º e 3.º da CLT, que não estão presentes para o autor na hipótese vertente.

Não se verificou fraude na contratação do autor (art. 9.º da CLT), pois não era empregado.

Ainda no período em que o autor declarou expressamente que pediu demissão, não há direito a levantamento do FGTS e indenização de 40% sobre os depósitos fundiários.

14. Multa do artigo 477 da CLT

Nas questões em que o juiz deverá dizer o direito das partes, como v.g., na discussão sobre o vínculo de emprego, a multa não poderá ser aplicada. A justificativa é a de que a empresa tem direito de submeter à apreciação do Poder Judiciário a discussão em torno de “lesão ou ameaça a direito”, princípio consagrado constitucionalmente no inciso XXXV do art. 5.º da Lei Fundamental. Na apreciação da justa causa, a questão somente será dirimida na sentença, não se podendo falar em atitude protelatória da empresa para o não pagamento das verbas rescisórias que estão submetidas ao crivo do Poder Judiciário, justamente porque para ela não seriam devidas.

Art. 477 da CLT. Em sendo discutível a relação jurídica, não há se falar em multa do art. 477, da CLT, instituída tão somente para os casos regulados pelo artigo em questão, onde o pressuposto é a relação de emprego incontroversa e a intenção deliberada do empregador de não quitar os títulos reconhecidamente devidos. (TRT 2ª R, 3ª T, RO 02930479242, Ac. 02950282991, Rel. Maria de Fátima Ferreira dos Santos, DOE SP 25.07.95, p. 27).

A empresa não reconhece que deve verbas ao reclamante, tanto que não reconheceu o vínculo de emprego entre as partes. Logo, não há atraso no pagamento das verbas rescisórias. Indevida a multa postulada.



15. Dano moral

Não tem fundamento legal deferir indenização por dano moral por falta de anotação na CTPS.

Não há prova nos autos de que o autor se sentiu ofendido por falta de anotação na sua CTPS.

Destaque-se que o vínculo de emprego foi reconhecido pelo primeiro grau, mas é controvertido, pois a empresa não reconhece a existência do contrato de trabalho, além do que o vínculo não está sendo reconhecido na segunda instância.

O autor não precisa de sua CTPS para fazer compras no comércio ou para qualquer outro fim, até mesmo diante da remuneração que recebia da empresa.

Não há nada a ser compensado, pois nada é devido ao autor.

Dou provimento ao recurso para julgar totalmente improcedente a pretensão do autor.

Não há fundamento para se oficiar à Receita Federal.

As partes ficam advertidas quanto à interposição de embargos protelatórios, em que serão aplicadas as penas previstas no parágrafo único do artigo 538 do CPC e artigos 17 e 18 do CPC, não cabendo embargos de declaração para rever fatos e provas, a própria decisão ou de natureza infringente.

O juiz prestou a tutela jurisdicional julgando o recurso. Não tem o magistrado obrigação de responder um a um os argumentos da parte, principalmente quando já apresentou e fundamentou a sua decisão. Ao ser feito o julgamento, automaticamente foram excluídas outras questões, que lhe são contrárias. O acórdão não é um diálogo entre o juiz e as partes ou seus advogados. Se o juiz fundamentou sua decisão, esclarecendo os motivos que lhe levaram a firmar seu convencimento, o seu raciocínio lógico, a prestação jurisdicional foi devidamente concedida às partes. Se os fundamentos estão certos ou errados, a matéria não é de embargos de declaração, mas do recurso próprio. A Constituição exige fundamentação e não fundamentação correta ou que atenda a tese da parte.

No mesmo sentido a jurisprudência:

O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e, tampouco, responder, um a um, os seus argumentos (TST, 3ª T., EDRR, 179.818/1995, Rel. Min. José Luiz Vasconcellos, DJU 27-398, p. 332).

A omissão que justifica a oposição de Embargos de Declaração diz respeito apenas à matéria que necessita de decisão por parte do órgão jurisdicional (art. 464 e 535, II do CPC, aplicado subsidiariamente). Não é omissão o Juízo não retrucar todos os fundamentos expendidos pelas partes ou deixar de analisar individualmente todos os elementos probatórios dos autos (TST, ED-AI 8.029/89.9,



Rel. Min. Cnéa Moreira, Ac. 1ª T., 2.159/90.1, Carrion, Valentin. Nova jurisprudência em direito do trabalho São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992).

IV- DISPOSITIVO

Pelo exposto, conheço dos recursos, por atendidos os pressupostos legais, rejeito as preliminares e, no mérito, nego provimento ao recurso do autor; dou provimento ao recurso da empresa para julgar totalmente improcedente a pretensão do autor. Custas pelo autor sobre o valor arbitrado de R\$ 2.000.000,00, no importe de R\$ 40.000,00. O autor deverá reembolsar as custas pagas pela empresa. É o meu voto.

Sergio Pinto Martins

Juiz Relator

Date Created

01/10/2005