

PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
Gab Des Jose Geraldo da Fonseca
Av. Presidente Antonio Carlos, 251 11o andar - Gab.13
Castelo Rio de Janeiro 20020-010 RJ
PROCESSO: 0043200-96.2008.5.01.0075 – RTOOrd

Acórdão
7ª Turma

Equiparação salarial. Jornalistas. Identidade funcional configurada. Comprovada a prestação da atividade jornalística, sem distinção de produtividade ou perfeição técnica mas, limitando-se apenas ao segmento de atuação, impõe-se o reconhecimento da isonomia salarial pretendida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **recurso ordinário** provenientes da 75ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, em que são partes **S/A O ESTADO DE SÃO PAULO** e **B. C. S.**, como recorrentes e recorridos, respectivamente.

Tratam-se de **recursos ordinários** interpostos por **S/A O ESTADO DE SÃO PAULO** e **B. C. S.** contra a decisão de f. 652/659, da I. Juíza Vólia Bomfim Cassar que julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos.

A **empregada** diz que (1) a sentença é nula por ausência de prestação jurisdicional completa, (2) faz jus aos reflexos das horas extras sobre o repouso semanal remunerado, (3) horas extras a partir da quinta diária, aplicando-se o divisor 150, bem como (4) adicional de 100% após a sétima hora trabalhada, (5) adicional de sobreaviso, (6) cumprimento da obrigação de fazer consistindo na obrigação do empregador em entregar as correspondências recebidas pelo e-mail corporativo, (7) indenização correspondente ao imposto de renda por não ter pago as verbas devidas na época própria.

A **sociedade empresária** diz que (1) a inicial é inepta, (2) indevida a equiparação salarial, bem como (3) horas extraordinárias, inclusive as laboradas aos sábados, domingos e feriados, (4) não faz jus ao adicional noturno, (5) incabível a condenação em horas de sobreaviso, (6) deve ser absolvida da indenização por danos morais.

Contrarrazões recíprocas a f. 715/733 e 735/748.

É a síntese necessária.

VOTO

I — CONHECIMENTO

Não conheço do tópico devolvido no apelo da autora - “reflexos das horas extras nos repouso” -, porquanto já deferido na sentença, estando ausente o interesse jurídico recursal.

Recursos vindos a tempo e modo. Conheço integralmente do recurso patronal e parcialmente do apelo da empregada.

II — MÉRITO

Esclareço que por questão de ordem lógica, as preliminares suscitadas pelas partes serão analisadas previamente

II. 1 — Preliminar arguida pelo empregador

§1º

INÉPCIA DA INICIAL

1 — Alega o patrão que a inicial é inepta quanto às horas extras porque a autora não delimitou as jornadas extraordinária e noturna, apresentando pedidos genéricos, incertos e indeterminados, o que foi afastado pela decisão de origem.

2 — Sem razão, pois a autora declinou a seguinte jornada: de segunda a sexta-feira, das 11h às 23h, alegando que em determinados dias, a carga horária era elasticsada para comparecer a eventos e shows, estando fundamentados, portanto, os pedidos de horas extras e adicional noturno, permitindo a produção de defesa útil no processo. **Rejeito.**

II.2 — Preliminar suscitada pela empregada

3 — Diz a autora que a sentença é nula porque não apreciou todas as alegações levantadas na segunda oportunidade que opôs embargos de declaração.

4 — Razão não lhe assiste, pois os embargos de declaração opostos a f. 664/669, que foram integralmente apreciados pela decisão de f. 670. Inconformada com a decisão que não socorreu seus propósitos, apresentou novos embargos de declaração (f. 699/702), sendo flagrante o intuito de discutir a justiça da sentença, o que não pode ser admitido. **Rejeito.**

RECURSO DA EMPREGADA

§1º

HORAS EXTRAORDINÁRIAS APÓS A QUINTA DIÁRIA

1 — A autora pede o pagamento das horas laboradas após a quinta diária, inquinando de nula a contratação da jornada de sete horas, à míngua de acordo celebrado, envolvendo as duas horas suplementares, argumentando que essa seria a jornada especial do jornalista. A sentença indeferiu a pretensão.

2 — Irretocável a decisão recorrida. O artigo 304 da CLT, regra especial de tutela do trabalho dos jornalistas, dispõe que:

"Poderá a duração normal do trabalho ser elevada a sete horas, mediante acordo escrito, em que se estipule aumento de ordenado, correspondente ao excesso do tempo de trabalho, e em que se fixe um intervalo destinado a repouso ou à refeição".

3 — Com efeito, não trata a lei de pré-contratação de horas extraordinárias, mas sim da possibilidade de se dilatar a duração normal do trabalho do jornalista. O salário ajustado no acordo escrito, por óbvio, remunerará toda a jornada, sendo desnecessária a indicação do valor referente ao período de ampliação, por não constituir parcela remuneratória autônoma. No caso, a ampliação da jornada restou pactuada no contrato de trabalho de f. 216, razão pela qual as duas horas que ultrapassem as cinco horas trabalhadas não podem ser consideradas extraordinárias. Por consequência, descabe a aplicação do divisor 150. **Recurso improvido.**

§2º

HORAS EXTRAS - ADICIONAL DE 100%

4 — Pretende a autora a aplicação do adicional de 100% sobre as horas suplementares laboradas após a sétima diária, o que foi indeferido pela decisão de origem.

5 — A pretensão autoral encontra guarida nas Convenções Coletivas colacionadas aos autos, aplicáveis a sua categoria profissional, motivo pelo qual **dou provimento ao apelo para condenar o réu ao pagamento do adicional de 100% sobre as horas trabalhadas após a sétima diária.**

§3º

ADICIONAL DE SOBREAVISO

6 — A empregada insurge-se contra a sentença que acolheu parcialmente o adicional de sobreaviso, aduzindo que teria comprovado a disponibilidade ao empregador em tempo integral e não apenas aos sábados, domingos e feriados.

7 — Da análise do depoimento pessoal, a autora admitiu que era convocada para trabalhar geralmente nos finais de semana e feriados (f. 650):

"(...) que do final do expediente ao início do expediente, normalmente não era chamada pela empresa para trabalhar ao telefone; que isso aconteceu em eventos e alguns

feriados; que a depoente era chamada pelo telefone ou no dia de folga ou no feriado; que isso acontecia, em média, uma vez por mês (...)"

8 — Correta, portanto, a sentença que embasou a condenação limitando-a aos termos do depoimento da empregada. **Recurso improvido.**

§4º

REPASSE DAS CORRESPONDÊNCIAS ELETRÔNICAS RECEBIDAS POR E-MAIL CORPORATIVO – OBRIGAÇÃO DE FAZER

9 — A trabalhadora requereu que o réu fosse compelido a repassar-lhe todas as correspondências recebidas pelo e-mail corporativo, sendo a pretensão rejeitada pelo juiz de primeiro grau ao fundamento de que o endereço eletrônico, bem como seu conteúdo pertenceriam ao empregador.

10 — Ouso discordar da sentença sob esse aspecto. Não obstante o endereço eletrônico ter sido criado pelo empregador para a autora, equivale a "escaninho virtual", como qualquer outra fonte de correspondência pessoal, sendo abusiva a invasão do conteúdo, bem como a recusa em permitir o acesso da ex-empregada às mensagens eletrônicas recebidas naquele sítio. **Dou provimento ao apelo para determinar que o empregador restitua à autora os e-mails corporativo, sob pena de multa diária no importe pretendido na inicial em caso de descumprimento.**

§5º

IMPOSTO DE RENDA – INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL

11 — A empregada requer indenização correspondente à diferença do que será descontado a título de imposto de renda, sob o “regime de caixa”, e o que seria devido caso fosse adotado o critério de competência, face à impossibilidade provocada pelo réu de descontos menores em épocas próprias.

12 — Discute-se se no cálculo do imposto de renda deve prevalecer o **regime de competência** ou **oregime de caixa**. No regime de competência, desmembra-se o crédito tributário, mês por mês, de tal sorte que à época do efetivo pagamento ao credor somente sejam alcançados pelo imposto de renda aqueles créditos que já o seriam se tivessem sido pagos ao tempo do nascimento do fato gerador, isto é, ao tempo em que se tornaram devidos em favor do credor, e por qualquer motivo não foram pagos. No **regime de caixa**, o tempo e os modos de constituição do crédito tributário não têm relevância: o crédito tributário é submetido de modo globalizado à alíquota correspondente à sua faixa, de acordo com a legislação específica no momento em que se tornar disponível ao credor. Segundo o art.46 da L.nº 8.541, de 23/12/92, o imposto de renda será deduzido **pela fonte pagadora** do valor do depósito feito a crédito do reclamante mediante DARF a ser preparado por qualquer das partes no momento em que esse crédito se tornar disponível a seu beneficiário, constituindo-se a comprovação da satisfação dessa obrigação tributária pressuposto de sua liberação nos autos do processo. Sempre defendi o regime de competência porque a reunião, num maço, de vários créditos tributários originários de diversos fatos geradores, e de épocas distintas, é ilegal, inconstitucional e imoral, pois eleva **artificialmente** as obrigações tributárias, fazendo incidir sobre elas alíquotas que não incidiriam se fossem consideradas individualmente. Fere, entre outros, os princípios tributários da **estrita legalidade**¹, da **anterioridade**², da **irretroatividade da lei tributária**³, da **tipologia**⁴, da **proibição de tributo com efeito de confisco**⁵, da **não discriminação tributária**⁶ e o da **indelegabilidade da competência tributária**.

13 — Pelo Ato Declaratório nº 1, de 27/3/2009, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, publicado no DOU de 14/5/2009, Seção I, p.15, o Fisco desobrigou seus procuradores de interpor recursos, e a desistirem dos já interpostos, desde que inexistia outro fundamento relevante,

"nas ações judiciais que visem obter a declaração de que, no cálculo do imposto de renda incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos, devendo o cálculo ser mensal e não global".

14 — Está claro, portanto, que o Fisco reconhece a lisura do **regime de competência. Apelo provido para condenar o réu ao pagamento integral da cota fiscal, pois se tivesse pago as parcelas ora reconhecidas na época própria, não haveria incidência do imposto de renda.**

RECURSO DO EMPREGADOR

§1º

EQUIPARAÇÃO SALARIAL

1 — Insurge-se o recorrente contra a decisão de origem que o condenou ao pagamento das diferenças salariais decorrentes de equiparação aos modelos Luciana Nunes Leal e Marcelo José Cruz Auler, negando a identidade funcional. Diz a empregadora que, conquanto os comparados e a trabalhadora exercessem a mesma função de jornalista, faziam-no em segmentos diferentes do jornal, o que acarretava distinção de tarefas e responsabilidades no cotidiano laboral.

2 — Da análise da prova testemunhal produzida que tanto a autora quanto os paradigmas exerciam idênticas funções, embora em áreas distintas, na medida em que a autora era repórter da editoria de cultura, enquanto aqueles atuavam na editoria de política nacional:

DEPOIMENTO DA PARADIGMA LUCIANA

"(...) A depoente cobria a área de política nacional e a reclamante, da cultura, em focos diversos; (...) que a reclamante não fazia jornalismo investigativo porque não era próprio da área de cultura; (...) que o jornalismo investigativo não é comum na área de cultura, mas o repórter pode enveredar nesta seara; a reclamante já entrevistou autoridades, ministros e governadores; que a reclamante, como qualquer outro repórter, era deslocada para trabalhar na área de política ou qualquer outra; que a reclamante é uma jornalista experiente e também conceituada; que a reclamante e a depoente já cobriram matérias juntas, como a visita de autoridades ao Rio".

DEPOIMENTO DO PARADIGMA MARCELO

"(...) que na verdade, a diferença está na área de atuação e no dia-a-dia; que a diferença é a área e o tipo de fonte que se cria(...)"

DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA MICHEL

"(...) que as atribuições entre a autora e os modelos eram idênticas e o que mudava era a área de atuação; que as investigações para as reportagens respeitavam os temas; que a responsabilidade na matéria a ser explorada no jornal era a mesma pelo depoente, pela autora e pelos modelos, apesar de o réu valorizar mais a investigação política (...)"

3 — Desse modo, conclui-se que a autora desempenhava a mesma função que os modelos apontados, sendo certo que o fato de a empresa preferir um tema ao outro – no caso, a política, em detrimento da cultura – não tem o condão de desfigurar a identidade de funções, à míngua de provas em sentido contrário. **Recurso improvido.**

§2º

HORAS EXTRAORDINÁRIAS

4 — Insurge-se o empregador contra a condenação em horas extras, afirmando que a sentença estaria em dissonância com a prova dos autos, em especial, com os cartões de ponto e o depoimento da testemunha de f. 617.

Sucessivamente, requer o reconhecimento do acordo de compensação e a apuração da sobrejornada observando-se a jornada semanal de 42 horas.

5 — Sem razão. Os controles de jornada acostados a f. 314/350 são imprestáveis como elemento de prova, pois o horário consignado é britânico, atraindo a aplicação da confissão ficta, nos termos da Súmula 338 do TST. Não bastasse, a prova testemunhal evidencia a inidoneidade dos cartões de ponto (f. 617):

"(...)que a folha de frequência era anotada pelo repórter com o horário padrão, contratual; que, para as matérias de longa distância e noturnas, o repórter se desloca com o carro da reclamada; não sabe precisar o caso da reclamante, pois essa ficava até tarde(...); que a depoente trabalhava mais do que cinco horas diretas; que a depoente nunca recebeu hora extra(...)".

6 — Não se cogita em aplicação do acordo de compensação, pois não há prova de que o horário extraordinário trabalhado fosse efetivamente compensado, ficando comprovado o trabalho elástico de forma habitual. **Recurso improvido.**

§3º

SÁBADOS, DOMINGOS E FERIADOS

7 — O réu pretende ser absolvido da condenação nas horas extras trabalhadas aos sábados, domingos e feriados, ao argumento de que haveria folga compensatória. Aduz, ainda, que o sábado seria dia normal de trabalho e que 31 de dezembro e segunda de Carnaval não são feriados.

8 — Ficou comprovado que a empregada era submetida a uma escala de plantão mensal, quando laborava aos sábados, domingos e feriados, sendo certo que estes dias não eram compensados, em razão do habitual trabalho extra. Em relação aos sábados e ao dia 31 de dezembro, tratam-se de dias úteis não trabalhados, motivo pelo qual o extraordinário é devido após a sétima hora, acrescido do adicional de 100%, conforme previsão normativa, merecendo parcial retoque a sentença. Mantenho a sentença quanto à segunda-feira de Carnaval, porquanto a Lei 605/49, em seu artigo 1º, prevê que são feriados os dias de "tradição local", abrangendo, por consequência os dias de Carnaval. **Apelo parcialmente provido para limitar a condenação quanto aos sábados e dia 31 de dezembro, considerando extraordinárias apenas aquelas horas trabalhadas após a sétima.**

§4º

ADICIONAL NOTURNO

9 — Diz o empregador que a autora não trabalhava após às 22h, o que foi efetivamente reconhecido pela sentença, que embasou a condenação na prova oral produzida.

10 — Com efeito, ficou demonstrado através dos depoimentos retro transcritos, que a autora fazia cobertura de eventos e shows aos sábados, domingos e feriados, estendendo seu horário de trabalho até a madrugada. **Apelo improvido.**

§5º

SOBREA VISO

11 — Diz o réu que a autora não ficava à disposição da sociedade empresária em tempo integral, invocando a aplicação da OJ 49 da SDI-I, do TST, aduzindo ser inaplicável o art. 244, § 2º, da CLT para os empregados que não pertencentes à categoria dos ferroviários.

12 — A alegação não merece prosperar, pois o preposto confessou que a autora poderia ser acionada nos finais de semana e feriados, por telefone, tendo que comparecer ao local de trabalho:

"(...)que a autora podia ser chamada em suas folgas ou feriados uma ou duas vezes por mês por conta de alguns eventos(...)".

13 — No caso, há peculiaridade capaz de afastar a aplicação da Orientação Jurisprudencial 49 da SDI-I do TST, qual seja, a restrição sofrida à liberdade de locomoção da empregada, impossibilitada do descanso pleno por necessidade do

empregador, que a acionava por celular a qualquer momento do dia ou da noite. Não bastasse, há cláusula normativa prevendo o pagamento de adicional de 30% para os jornalistas que trabalham em sobreaviso (Cl. 11ª, f. 40). **Recurso improvido.**

§6º

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

14 — Afirma o réu ser incabível indenização por danos morais porque não houve ato ilícito, ao fundamento de que havia possibilidade de controle e fiscalização do email corporativo. A sentença fixou a indenização em 5 vezes a última remuneração da autora, totalizando R\$26.465,00.

15 — No caso, incontroverso que a trabalhadora fazia uso de seu endereço eletrônico corporativo para desempenhar suas funções. Ocorre que, ao ser dispensada, suas correspondências eletrônicas passaram a ser encaminhadas a outra empregada, sem o seu consentimento, conforme comprova o documento de f. 96/97. Tal circunstância caracteriza abuso de direito do empregador.

16 — A sociedade de massa é assim, invasiva por essência, e isso deve necessariamente provocar em cada um uma releitura do seu papel no tecido social. Entendo que, neste caso, não houve invasão alguma, nem se pode falar propriamente de **privacidade**. O conceito de intimidade está ligado ao **dehomem interior** de que já falavam Heródoto, Péricles, Aristóteles e Platão. Na Roma antiga (Edito de Milão de 313, promulgado pelos imperadores Constantino e Licínio) se acha a proteção ao sigilo de correspondência, ao domicílio e à liberdade religiosa, todos, de alguma forma, correspectivos da proteção jurídica da intimidade do indivíduo. Admite-se, modernamente, que o direito à privacidade tenha tido marco inicial com o artigo doutrinário "**The right of privacy**", publicado em 1890 por Warren e Brandeis como resposta à **intromissão da imprensa na vida e honra das pessoas**⁷. O direito à privacidade também está previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 1948), na Convenção Européia dos Direitos do Homem (1950), na Convenção Panamericana dos Direitos do Homem (1959), no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ONU), entre outros. A Constituição brasileira considera invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X). O direito à intimidade é, segundo o magistrado Cooley (sentença de 1873), o direito de ser deixado em paz, ou o "**direito de não ser conhecido em certos aspectos pelos demais. É o direito ao segredo, a que os demais não saibam o que somos ou o que fazemos**"⁸.

17 — ALICE MONTEIRO DE BARROS⁹ ensina que “não é o fato de um empregado encontrar-se subordinado ao empregador ou de deter este último o poder diretivo que irá justificar a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário, haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do empregado. O contrato de trabalho não poderá constituir "um título legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais" assegurados ao empregado como cidadão; essa condição não deverá ser afetada quando o empregado se insere no organismo empresarial, admitindo-se, apenas, sejam modulados os direitos fundamentais na medida imprescindível do correto desenvolvimento da atividade produtiva" (p.33).

18 — No caso, a divulgação de mensagens endereçadas à autora a outrem configura invasão de privacidade. Assim, ainda que os endereços eletrônicos corporativos sejam considerados instrumentos de trabalho, de propriedade do empregador, devendo ser usados, exclusivamente, para fins correlatos ao contrato de trabalho, atraem a mesma proteção que o legislador constituinte guarneceu à correspondência postal.

19 — A construção de uma ordem jurídica justa se assenta no princípio universal do **neminem laedere** (não prejudicar a ninguém)¹⁰. Como regra, a doutrina ensina que

dano é a efetiva diminuição do patrimônio, e consiste na **diferença** entre o valor atual do patrimônio do credor e aquele que teria se a obrigação tivesse sido exatamente cumprida¹¹, ou toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição etc)¹². Dano é pressuposto da responsabilidade civil¹³. FORMICA, adotando conceito de MINOZZI, repudia essa noção meramente patrimonial do dano (**a de que dano é diminuição de patrimônio**) para defini-lo como toda **diminuição** ou **subtração** de um **bem jurídico** e — apoiando-se em GABBA — que dano moral é todo aquele causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua o seu patrimônio¹⁴. **Seja dito**: Dano é qualquer lesão experimentada pela vítima em seu complexo de bens jurídicos, materiais ou morais¹⁵. **Patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro**¹⁶. Para que um dano seja reparável não basta a prova da lesão, mas a de que esse bem lesionado seja um bem jurídico¹⁷ ou, como o disse HENRI DE PAGE, que esse prejuízo "seja resultante de uma lesão a um direito"¹⁸, isto é, que haja prova do nexos de causa entre o prejuízo e a ação do ofensor¹⁹.

20 — **Dano moral** — a lição é de Savatier²⁰ — **é qualquer sofrimento que não seja causado por uma perda pecuniária**²¹. É a "penosa sensação de ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em consequência deste, seja provocada pela recordação do defeito da lesão, quando não tenha deixado resíduo mais concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação ao ridículo tomada pelas pessoas que o defrontam"²². Como regra, todo aquele que causar prejuízo a outrem deve indenizá-lo (**neminem laedere**)²³. Na responsabilidade civil, a vítima tem de provar a ação ou a **omissão culposa** do agressor, o **nexo de causalidade** e o **dano**²⁴.

Na **responsabilidade civil do empregador por dano moral**, o empregado somente tem de provar o fato e o nexos de **causalidade**. Não se exige **prova do dano** (prejuízo concreto)²⁵ porque a seqüela moral é subjetiva²⁶. O dano moral existe **in re ipsa**, isto é, deriva do próprio fato ofensivo, de tal sorte que, provada a ocorrência do fato lesivo, a seqüela moral aflora como presunção **hominis** (ou **facti**) que decorre das regras da experiência comum, daquilo que ordinariamente acontece²⁷. Provados, pois, o fato e o nexos causal, a dor moral é presumível, pois liga-se à esfera íntima da personalidade da vítima e somente ela é capaz de avaliar a extensão de sua dor. Na dúvida, vige o princípio **in dubio pro creditoris**, isto é, "na dúvida, a atenção do julgador deve voltar-se para a vítima"²⁸. **Nem todo dano é indenizável**. Apenas o injusto o é. São danos **justos**, e portanto irreparáveis, os que provêm das forças da natureza ou do acaso (caso fortuito e força maior) e os definidos no direito posto (legítima defesa própria ou de terceiros, devolução da injúria, desforço pessoal, destruição de coisa para remoção de perigo, entre outros) ou aqueles causados pelo próprio lesado (culpa exclusiva da vítima). É claro que nem todo sofrimento, dissabor ou chateação em razão de uma ofensa tipifica dano moral²⁹. É necessário que a agressão extrapole os aborrecimentos **normais** de tantos quantos vivem em coletividade³⁰. O que se pode entender por "aborrecimentos normais" é também casuístico e depende de uma avaliação **objetiva** e **subjetiva** que somente o juiz pode fazer diante do caso concreto. A doutrina recomenda que, na avaliação de situações de fato onde se pede reparação moral, o juiz siga **alógica do razoável**, isto é, que tome por paradigma o meio-termo entre o homem frio e insensível e o homem extremamente sensível³¹. Os danos morais são **inquietações graves do espírito, turbações de ânimo, desassossego aviltante** e **constrangedor** que tira a pessoa do eixo de sua rotina, a ponto de lhe impor sofrimento psicofísico cuja seqüela seja facilmente identificável se comparado o comportamento atual e aquele outro, anterior à conduta ofensiva³².

21 — A obrigação de indenizar **não pressupõe** existência de **culpa** porque na **responsabilidade civil** importa a **pessoa do ofendido**, e não a do **ofensor**, a quantificação do prejuízo, e não da **culpano** evento lesivo³³. O objeto da indenização não está na lesão em si, mas no dano produzido³⁴. O que se repara com a fixação de certa soma em dinheiro evidentemente não é a lesão, abstratamente considerada — **que essa, sendo subjetiva, não pode ser medida eficazmente nem mesmo pela própria vítima** —, mas a dor moral, o sofrimento (ainda que físico), a humilhação, a quebra do decoro, da autoestima, a diminuição social, o afeamento da pessoa considerado do seu ponto de vista, isto é, do conceito que faz de si mesma (**honra subjetiva**), e do ponto de vista das pessoas com quem se relaciona habitualmente (**honra objetiva**)³⁵.

§7º

O “PREÇO DA DOR”

22 — A indenização mede-se pela **extensão do dano**³⁶, mas, se houver excessiva desproporção entre a **gravidade da culpa** e o **dano**, o juiz pode reduzir, eqüitativamente, o valor da indenização³⁷. Como essa adequação eqüitativa refere-se a graus de culpa³⁸, a regra do parágrafo único do art.944 do Código Civil somente se aplica aos casos de responsabilidade subjetiva, porque, nos demais, a **responsabilidade** é objetiva e prescinde da culpa³⁹. A doutrina⁴⁰ faz crítica severa a essa possibilidade de diminuição, pelo juiz, porque se indenizar é repor a vítima ao **statu quo ante**, indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto⁴¹. A **natureza jurídica** da quantia em dinheiro que se pede por lesão moral é compensatória⁴², e não indenizatória⁴³. A locução indenizar provém de **in + damnum**, isto é, **sem dano**, o que implicaria tornar as coisas ao exato ponto em que estavam se a lesão não tivesse ocorrido. Como na lesão moral isso não é possível, o juiz **arbitra**⁴⁴ uma quantia que possa, ao mesmo tempo, compensar a dor moral da vítima e desestimular o agressor de reincidir na conduta lesiva⁴⁵. Não pode ser restituito in integrum (restituição integral, indenização pelo todo) pela só-razão de que não se pode conhecer, **exatamente**, a extensão do dano, nem de **pretium doloris** (preço da dor) porque dor não se paga em dinheiro, mas a de um conforto material que não seja exorbitante a ponto de constituir-se em **lucro capiando** (captação de lucro) nem mingüado a ponto de deixar na vítima e no agressor a sensação de impunidade⁴⁶. De fato, ao fixá-la, o juiz deve ater-se ao princípio de que **o dano não pode ser fonte de lucro**⁴⁷. Essa soma compensatória que se arbitra em favor da vítima do dano moral tem caráter **marcadamente punitivo**⁴⁸, conquanto parte da doutrina o negue. Entendo razoável para composição do dano a importância arbitrada pela sentença, equivalente a cinco vezes a remuneração da autora. **Apelo improvido.**

III — CONCLUSÃO

Do que veio exposto, conheço parcialmente do recurso da autora e integralmente do apelo patronal. Ao da empregada, **dou parcial provimento** para acrescer à condenação o adicional de 100% após a sétima hora trabalhada, bem como para acolher o pedido de indenização correspondente ao imposto de renda e condenar o réu a restituir os emails corporativos, sob pena de multa diária, conforme a inicial. Ao patronal, **dou parcial provimento** para considerar como extraordinário o trabalho prestado aos sábados e no dia 31 de dezembro apenas após a sétima hora diária, com adicional de 100%, previsto em instrumento normativo, exceto quando o referido dia recair em domingo, quando será remunerado como extraordinário em sua totalidade, mantidos os valores arbitrados na decisão de primeiro grau.

A C O R D A M os Juízes da Sétima Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, conhecer dos recursos ordinários, exceto quanto ao tópico reflexo no RSR no apelo obreiro, à minguada de interesse recursal; rejeitar as preliminares

de inépcia e nulidade da sentença por negativa de prestação jurisdicional; no mérito, por maioria, dar parcial provimento a ambos os apelos; ao obreiro para acrescer à condenação o adicional de 100% sobre as horas laboradas após a sétima diária, bem como a indenização correspondente ao imposto de renda, acrescendo à condenação a determinação à reclamada de restituir os e-mails corporativos sob pena de multa diária, conforme a inicial; ao patronal, para considerar como extraordinário o trabalho prestado aos sábados e no dia 31 de dezembro apenas após a sétima hora diária, com adicional de 100%, previsto em instrumento normativo, exceto quando o referido dia recair em domingo, quando será remunerado como extraordinário em sua totalidade, mantidos os valores arbitrados na decisão de primeiro grau, em conformidade com a fundamentação do voto do juiz José Geraldo da Fonseca que redigirá o acórdão.
Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 2010.

Juiz JOSÉ GERALDO DA FONSECA
redator designado

¹ CF/88, art. 150,I.

² CF/88,art.150,III,b.

³ CF/88, art.150,III,a.

⁴ CTN, art.4º.

⁵ CF/88,art.150,IV.

⁶ CF/88,art.152.

⁷ Harvard Law Review,vol.IV,nº 5,15,XII,1890,p.193 e seguintes.

⁸ San Miguel Rodríguez García,Reflexiones sobre la intimidad como limite a la libertad de expresión. 9 Proteção à Intimidade do Empregado,Ed.LTR.

¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil por Danos Morais. Ed. RT,SP,3ª ed.,1997, 3ª edição,p.21.

¹¹ POLACCO. Le obbligazione nel diritto civile italiano, vol. I,nº 126.

¹² ENNECERUS. Direito das Obrigações, vol.I,§10.

¹³ BITTAR, Carlos Alberto. Op.cit., p.17.

¹⁴ AGOSTINHO ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações. Ed. Saraiva, 1949, p.154/155.

¹⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Op.cit.,p.17.

¹⁶ STOCCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p.1.179.

¹⁷ ALESSI, Renato. La responsabilità della pubblica amministrazione. Milano: Giuffrè Editore,3.ed., 1955, p.8 e 9.

¹⁸ DE PAGE, Henri. Traité Elementaire de Droit Civil Belge. 10. Ed. Bruxeleas: Émile Bruylant, 1950,v.2,n.498, cit.p. STOCCO, Rui, op. cit., p. 1.179.

¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto,Op.cit.,p.17, diz que para se configurar a obrigação de indenizar é preciso demonstrar “que o resultado da lesão (dano) proveio de atuação do lesante (ação ou omissão antijurídica) e como seu efeito ou consequência (nexo causal ou etiológico).

²⁰ Traité de Responsabilité Civile, v. II, n.525.

²¹ AGUIAR DIAS, José de. Da Responsabilidade Civil, 11ª edição, 2006, Ed. Renovar, p.1008, diz, citando acórdão de Pedro Lessa: "O dano moral é o que se sofre como repercussão de um mal ou dano não conversível em dinheiro. A indenização por dano moral tem por fim ministrar uma sanção para a violação de um direito que não tem dominador econômico. Não é possível a sua avaliação em dinheiro, pois não há equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento. Quando se condena o responsável a

reparar o dano moral, usa-se de um processo imperfeito, mas o único realizável, para que o ofendido não fique sem uma satisfação".

²² AGUIAR DIAS, José de. Da Responsabilidade Civil. Ed. Renovar, 2006, 11ª edição, p.1.009.

²³ Cód. Civil, art. 927: "Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

²⁴ COUTO DE CASTRO, Guilherme. A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro — O papel de culpa em seu contexto. Ed. Forense, RJ, 1997, p.7.

²⁵ O II TACSP-Ap. 630.010-0/6, de 22/4/2002, Rel. Juiz Artur Marques, disse: "É presumível a dor que dá ensejo à indenização por dano moral pois se trata de cônjuge e filhas.

²⁶ Em sentido contrário, CIANCI, Mirna. O valor da reparação moral. Ed. Saraiva, 2003,p.44,verbis: "O reconhecimento do dano moral depende da verificação do efetivo abalo causado à esfera ideal do ofendido".

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil, Malheiros Editores, 2ª ed., 1998, p.80.

²⁸ CASILLO, João. Dano à pessoa e sua indenização. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,1994,p.87, cit.p. STOCCO, Rui, op.cit., p.1.188.

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio, op.cit.,p. 78.

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio, op.cit.,p.78, diz: "Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos".

³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio, op.cit.p.76.

³² BITTAR, Carlos Alberto, Op. et p.cit: "... os morais se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outros desse nível, produzidas na esfera do lesado. Atingem, respectivamente, a conformação física, a psíquica e o patrimônio do lesado, ou seu espírito, com as diferentes repercussões possíveis...".

³³ MARMITT, Arnaldo. Perda e Danos, Ed. AIDE, RJ., 3ª edição, 1997, p.132.

³⁴ STOCCO, Rui, op.cit.,p. 1.183,diz : "O dano material, não sendo possível o retorno ao statu quo ante, se indeniza pelo equivalente em dinheiro, enquanto o dano moral, por não ter equivalência patrimonial ou expressão matemática, se compensa com um valor convencional, mais ou menos aleatório".

³⁵ MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rego. Elementos da Responsabilidade Civil por Dano Moral. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.103/104.

³⁶ Cód. Civil, art.944: "A indenização mede-se pela extensão do dano".

³⁷ Cód. Civil, art.944, parágrafo único.

³⁸ O art.945 do Código Civil diz o seguinte: "Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade da sua culpa em confronto com a do autor do dano".

³⁹ Enunciado nº 46 aprovado na Jornada de Direito Civil realizada em setembro/2002 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

⁴⁰ STOCCO, Rui,op.cit.,p.1.188.

- ⁴¹ PIZZARO, Ramon Daniel. *Daño Moral*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1996.
- ⁴² MARMITT, Arnaldo, op.cit.,p.129, diz: "A dificuldade em encontrar em muitos casos uma estimação adequada ao dano moral, ao sentimento íntimo de pesar, não deve jamais impedir a fixação de uma quantia compensatória, que mais se aproxime do justo, ao menos para abrandar a dor e para servir de lenitivo à prostração sofrida. Não se exige uma exata e equitativa reparação, mas que simplesmente pareça justa e razoável para cada caso".
- ⁴³ BITTAR, Carlos Alberto, Op.cit.,p.25/26, apoiando-se em Geneviève Viney, *Les obligations ¾ La Responsabilité: conditions*, 1982, Paris, Librairie Générale, 1982,p.50 diz que a indenização por dano moral repousa na exigência de pagamento de certa soma de dinheiro pelo lesante ao lesado, de modo espontâneo,ou sob ordem judicial em processo próprio. Cuida-se, primordialmente, de fazer incidir sobre o patrimônio do lesante ¾ garantia comum dos credores ¾ a responsabilidade pelos efeitos danosos experimentados pelo lesado, repondo-se as partes no estado anterior. Vale dizer: objetiva-se restabelecer o equilíbrio no mundo fático rompido pelas conseqüências da ação lesiva, porque interessa à sociedade a preservação da ordem existente e a defesa dos valores que reconhece como fundamentais na convivência humana".
- ⁴⁴ MARMITT, Arnaldo, op.cit.,p.138, verbis: "E como a lei não oferece melhores elementos ao magistrado, a ele se torna permitido usar de todos os mecanismos lícitos para construir a maneira de reparar o mal causado, maneira essa que lhe pareça a mais adequada e justa possível".
- ⁴⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana — Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p.227.
- ⁴⁶ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade Civil*. Ed. Forense, RJ, 1977, p.316/317.
- ⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio, op.cit.,p.81.
- ⁴⁸ COUTO DE CASTRO, Guilherme, op.cit.,p.46