



11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0001108-49.2010.5.04.0011 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

Reclamante: **MAICO LUIZ MORSCH**

Reclamado: **ATENTO BRASIL S.A. e TERRA NETWORKS BRASIL S.A.**

VISTOS, ETC.

MAICO LUIZ MORSCH ajuíza ação trabalhista contra **ATENTO BRASIL S.A. e TERRA NETWORKS BRASIL S.A.** em 05-10-2010, aduzindo que foi contratado em 23-05-2006, para exercer a função de teleoperador em prol das duas reclamadas, e despedido em 11-06-2010. Após exposição dos fatos, postula a condenação solidária ou subsidiária das reclamadas ao pagamento de diferenças de comissões, com repercussões, adicional de insalubridade, com repercussões, diferenças de horas extras, indenização por danos morais, diferenças de FGTS acrescidas da indenização compensatória de 40% sobre o FGTS, honorários assistenciais, juros e correção monetária. Requer, outrossim, a concessão da assistência judiciária. Atribui à causa o valor de R\$ 40.000,00 e junta documentos.

Em audiência, as reclamadas apresentam contestações escritas, acompanhadas de documentos. Em preliminar, arguem ilegitimidade passiva. No mérito, contrapõem argumentos aos pedidos do reclamante, pugnando pela improcedência da ação.

É realizada perícia técnica para a verificação da existência de insalubridade nas atividades do reclamante (laudo pericial – fls. 333/342).

O reclamante apresenta manifestação sobre a defesa e os documentos juntados pela reclamada.

As reclamadas apresentam manifestação sobre o laudo técnico.

No prosseguimento da audiência, o reclamante presta depoimento pessoal, e são ouvidas testemunhas (ata de audiência – fls. 386/389). Não havendo mais provas a serem produzidas, encerra-se a instrução. As partes apresentam razões finais remissivas. As propostas conciliatórias restam sem êxito.

É o relatório.

ISSO POSTO:



11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0001108-49.2010.5.04.0011 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

I – PRELIMINAR

Ilegitimidade passiva da segunda reclamada

Preliminarmente, a segunda reclamada sustenta a sua ilegitimidade passiva, argumentando que não manteve qualquer relação com o reclamante no período de duração do contrato. Aduz que o reclamante foi contratado pela primeira reclamada, e a segunda reclamada era tomadora de serviços.

Sem razão.

Entendo que a verificação de legitimidade passiva se dá *in status assertione*, ou seja, verifica-se, de plano, se o reclamante deduz pretensão da qual alega ser titular, em face de quem entende deter o dever jurídico subjacente.

Em decorrência, eventual verificação de inexistência de liame obrigacional, ou de não-coincidência da titularidade ativa ou passiva dos direitos e deveres respectivos, importará improcedência do feito e não sua extinção sem julgamento de mérito.

Rejeito esta preliminar.

II – MÉRITO

1. Responsabilidade da segunda reclamada

O reclamante postula a declaração de responsabilidade solidária ou subsidiária da segunda reclamada, sob o argumento de que trabalhou como empregado da primeira reclamada desenvolvendo as suas funções em prol da segunda, durante todo o pacto laboral.

A prova documental (vide, por exemplo, os recibos de pagamento trazidos aos autos – fls. 66/114) demonstra que o reclamante foi contratado pela primeira reclamada para prestar serviços na segunda reclamada, em típica relação triangular de terceirização de serviços. Portanto, a segunda reclamada assumiu a condição de tomadora dos serviços.



11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0001108-49.2010.5.04.0011 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

No Direito do Trabalho, a jurisprudência dominante acolheu a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, em virtude da culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, em razão dos benefícios que o mesmo obtém com a utilização da força de trabalho do trabalhador “terceirizado”.

À luz do princípio de proteção jurídica do trabalhador, deduz-se a responsabilidade subsidiária da tomadora pelos direitos trabalhistas eventualmente inadimplidos pela empregadora. Não se exige a prova da inidoneidade econômica da prestadora de serviços, até porque não há como prever, em meio à fase de conhecimento, qual será o estado de saúde financeira dessa empresa no momento futuro da execução. Assim, visando a prevenir os efeitos de eventual debilidade econômica da prestadora, a tomadora deve ser mantida no pólo passivo, fornecendo a necessária garantia de satisfação do crédito do obreiro. Nesse sentido, o verbete IV da Súmula nº 331 do TST.

Note-se que eventual ajuste contratual entre as empresas, prevendo a limitação de suas responsabilidades, não é oponível em face de terceiros, pois tais cláusulas contratuais não têm eficácia na esfera trabalhista.

Resta caracterizada, portanto, a responsabilidade subsidiária da segunda reclamada por eventuais créditos reconhecidos ao reclamante na presente ação, nos termos do verbete IV da Súmula nº 331 do TST.

2. Horas extras

O reclamante afirma que o registro do horário de início da jornada nos seus cartões-ponto se dava com o seu “login” no sistema. Alega, porém, que chegava para trabalhar 30 minutos antes de realizar o seu “login”, argumentando que não havia “PA – Posição de Atendimento” disponível no momento da sua chegada e, por isso, não conseguia realizar o seu “login”. Nesse sentido, aduz que ficava à disposição da reclamada, antes de conseguir realizar o “login”, sem que esse período fosse registrado nos seus cartões-ponto. Postula o pagamento de 30 minutos por dia, como hora extra, com repercussões.



11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0001108-49.2010.5.04.0011 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

A reclamada sustenta que os cartões-ponto trazidos com a defesa registram a integralidade da jornada de trabalho do reclamante. Alega que, se houvesse indisponibilidade de “PA”, o supervisor ajustava o horário nos cartões-ponto, fazendo constar toda a jornada de trabalho.

Em depoimento pessoal, o reclamante afirma que, *“quando chegava ao local de trabalho e não havia PA (posição de atendimento) disponível, deveria procurar em outro andar”*, sendo que *“existia o registro de indisponibilidade de PA na folha-ponto, porém o período lançado normalmente não era integral, sendo suprimido o lançamento de algum tempo”* (fl. 386). Aduz, ainda, que *“sabia que havia esse problema na empresa de falta de PA para todos os empregados e, portanto, costumava antecipar a sua chegada em 40 minutos, para conseguir um posto de trabalho”*, mas *“nas ocasiões em que ficava esperando até obter um PA não havia o correspondente lançamento deste tempo”* (fl. 386). Quanto ao tempo despendido esperando um “PA”, alega que *“estima a média de 40 minutos, em dois dias da semana”*, sendo que, *“quando trabalhou no turno que iniciava às 15h, essas ocorrências foram mais frequentes”* (fl. 386). Refere que *“no ponto eletrônico era lançado apenas ‘indisponibilidade de PA’, sem que o depoente pudesse identificar o tempo considerado pela empresa à disposição”* (fl. 386).

Corroborando as alegações do reclamante, a testemunha GRAZIELLY ALOS VALIM CARLOS – que trabalhou na reclamada de outubro de 2006 a junho de 2009, na função de teleoperadora – relata, em depoimento, que *“ocorria de haver indisponibilidade de posição de atendimento (PA) e nessa hipótese a depoente ficava impedida de se logar no sistema, que era a forma de registro no ponto eletrônico”*, e *“ocorreu da depoente esperar até uma hora para conseguir uma PA”* (fls. 387/388). Diz que *“era obrigada a preencher um formulário para justificar o atraso e entregava para o supervisor lançar o ponto”*, sendo que *“algumas vezes a justificativa era lançada no ponto, como indisponibilidade de PA, mas mesma assim, no recibo de salário, era descontado na forma de atraso”* (fl. 388).

Quanto à prova documental, impende salientar que os cartões-ponto trazidos aos autos (fls. 160/262) registram que, sempre que houve indisponibilidade de “PA”, a entrada do reclamante se deu com atraso. Com



11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0001108-49.2010.5.04.0011 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

efeito, em todas as oportunidades em que consta registrado “Indisponibilidade PA” na coluna “Obs” dos cartões-ponto, houve atraso do reclamante, sendo que os minutos de atraso ficam registrados na coluna “Atr”.

Dessa forma, os cartões-ponto demonstram a veracidade do teor dos depoimentos do reclamante e da testemunha GRAZIELLY, no sentido de que havia o lançamento nos cartões-ponto na hipótese de indisponibilidade de “PA”, mas não havia a alteração do efetivo horário de entrada, isto é, não havia registro do período em que o reclamante ficava aguardando pela liberação de um “PA”.

Ademais, não há registro nos cartões-ponto de que houve alteração do horário de entrada do reclamante, quando ele teve de esperar por um “PA” disponível, o que reforça a convicção de que não havia alteração do horário de entrada do reclamante, quando ele tinha de esperar por um “PA” disponível, devendo ser afastado o depoimento da testemunha MAIKEL HOLEWA DA SILVA (fls. 388/389), em sentido contrário.

Portanto, com base no conjunto probatório dos autos, principalmente no depoimento da testemunha GRAZIELLY, concluo que o período despendido pelo reclamante esperando um “PA” disponível não está registrado nos seus cartões-ponto. Ainda, tenho que os controles de horário registram a totalidade dessas ocorrências (nos dias em que há o registro de “Indisponibilidade PA” na coluna “Obs” dos cartões-ponto), como admitido pelo reclamante no seu depoimento, embora não haja o registro do período de espera.

Quanto ao período em que o reclamante ficava aguardando um “PA” disponível, a partir da prova oral dos autos, fixo em 30 minutos, a ser considerado antes do horário de entrada registrado nos cartões-ponto, nos dias em que há o registro de “Indisponibilidade PA” na coluna “Obs”, observados os limites da litiscontestação.

Pois bem, considerando o limite da jornada de trabalho contratualmente estabelecido entre as partes (de 6 horas de trabalho por dia), os cartões-ponto (fls. 160/262) demonstram que existem horas extras devidas ao reclamante, nas ocasiões em que consta registrado “Indisponibilidade PA”, pois, com o acréscimo de 30 minutos no início da jornada nesses dias, resta



11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0001108-49.2010.5.04.0011 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

evidenciado que o reclamante ultrapassou o limite da sua jornada normal de trabalho.

Assim, defiro o pagamento de horas extras, pelo acréscimo de 30 minutos no início da sua jornada de trabalho, nas ocasiões em que consta registrado “Indisponibilidade PA” na coluna “Obs”, assim consideradas aquelas excedentes a 6 horas de trabalho diário, observados os horários contidos nos cartões-ponto das folhas 160/262 dos autos. Essas horas extras deverão repercutir em férias acrescidas do terço constitucional e décimo terceiro salário. Na apuração, deverão ser observados os termos da Súmula nº 264 do E. TST. Ainda, será utilizado o critério contido no parágrafo 1º do artigo 58 da CLT, no sentido de que não serão computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se excedido qualquer desses limites, as horas devem ser contadas minuto a minuto, de acordo com o critério da Súmula nº 23 do C. TRT desta Região.

3. Comissões

O reclamante afirma que, na sua admissão, ficou ajustado o pagamento de comissões no percentual de 10% sobre as vendas que efetuasse. Aduz, porém, que a reclamada reduziu esse percentual pela metade, a partir de janeiro de 2010, argumentando que essa alteração causou prejuízos aos trabalhador. Alega que a reclamada determinava aos seus vendedores que priorizassem a venda de determinados produtos, sendo que, se fosse vendido algum produto que não estava entre as prioridades de vendas, não havia o pagamento das comissões respectivas. No aspecto, assevera que esse prejuízo girava em torno de R\$ 70,00 a R\$ 80,00 por mês. Além disso, sustenta que a reclamada submetia os seus empregados a um sistema de “monitoria”, o qual consistia na escuta e na gravação de todas as ligações efetuados e recebidas pelos operadores. Afirma que era cobrado dos vendedores que insistissem com o cliente a venda de um produto, sendo que, se isso não fosse feito, o vendedor não recebia as comissões das vendas realizadas. Por esses motivos, postula o pagamento de diferenças de comissões, com repercussões.



11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0001108-49.2010.5.04.0011 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

A reclamada impugna as alegações contidas na inicial, argumentando que jamais realizou qualquer pagamento a título de comissões nem restou acordado entre as partes o pagamento dessa parcela. Aduz, de outro lado, que pagou ao reclamante parcelas denominadas “bônus de vendas” e “remuneração por desempenho”, ponderando que sempre foram adimplidas corretamente. Assevera que jamais realizou qualquer desconto pelas vendas realizadas pelo reclamante.

Inicialmente, saliento que o reclamante recebia valores a título de “bônus de vendas”, em razão das vendas realizadas por ele, como se depreende do conteúdo da prova documental dos autos (vide os recibos de pagamento – fls. 66/114), assim como do teor do depoimento da testemunha GRAZIELLY (fl. 387). Como se observa, as “comissões” são denominadas pela reclamada como “bônus de vendas”, sendo que as diferenças postuladas pelo reclamante referem-se, em verdade, a diferenças de “bônus de vendas”.

Nesse sentido, entendo que a verba “bônus de vendas” equiparase à comissão, já que é incontroverso nos autos que essa parcela era alcançada aos empregados da primeira reclamada em razão das vendas realizadas. Logo, por força do parágrafo primeiro do artigo 457 da CLT, a verba “bônus de vendas” possui natureza remuneratória.

Pois bem, no que tange à redução do percentual do “bônus de vendas”, a partir de janeiro de 2010, o documento anexado à folha 115 dos autos demonstra que ocorreu uma redução considerável na média remuneratória do reclamante. De fato, esse documento comprova que, nos três meses anteriores a janeiro de 2010, o reclamante recebeu R\$ 791,76, R\$ 481,19 e R\$ 617,97, respectivamente, a título de “bônus de vendas” (“comissões”), sendo que, de janeiro de 2010 em diante, o maior valor recebido por ele sob esse título foi de R\$ 173,40 (em janeiro de 2010).

Com efeito, essa perceptível redução na média remuneratória do reclamante, a partir de janeiro de 2010, permite concluir que houve, sim, uma diminuição pela metade no percentual utilizado pela reclamada para o cálculo do “bônus de vendas”, o que se constitui em ofensa ao disposto no artigo 468 da CLT.



11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0001108-49.2010.5.04.0011 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

Ademais, a reclamada não trouxe aos autos a documentação relativa às vendas efetivamente realizadas pelo reclamante, para demonstrar que houve uma diminuição dessas vendas proporcional à diminuição da média paga a título de “bônus de vendas”.

Nesse ponto, destaco que o “bônus de vendas” pago em um mês referia-se às vendas realizadas pelo reclamante no mês anterior, como se depreende do cotejo entre os recibos de pagamento (fls. 66/114) e o documento da folha 115 dos autos.

Assim, tenho que é devido ao reclamante o pagamento de diferenças de “bônus de vendas”, a partir de fevereiro de 2010, correspondentes à dobra dos valores pagos a esse título no período e registrados nos recibos de pagamento trazidos aos autos (fls. 66/114). Essas diferenças deverão repercutir em férias acrescidas do terço constitucional e décimo terceiro salário.

Em relação à alegação de que não havia o pagamento de comissões sobre os produtos que não eram considerados como prioridade, em depoimento, a testemunha GRAZIELLY relata que *“havia um momento do dia em que todos deveriam dedicar-se apenas a vender determinado produto, o pacote sonora”,* sendo que, *“caso o cliente solicitasse nesse período outro produto, o operador poderia vender, mas não seria comissionado da mesma forma e poderia inclusive ser cobrado por não ter conseguido vender o produto sonora”* (fl. 387). Refere, ainda, que *“a reclamada determinava que o operador voltasse a insistir com o cliente na venda do produto, mesmo que ele não tivesse interesse, a chamada ‘reversão’”,* e *“podia acontecer advertência pelo fato de não conseguir a ‘reversão’”* (fl. 387).

No mesmo sentido, em depoimento, a testemunha MAIKEL refere que *“existem metas para os produtos, e uma vez atingida a meta para o produto, é determinado que o operador foque em outro serviço”* (fl. 388), acrescentando que, *“no momento do atingimento da meta, há a chamada ‘parada de operação’, na qual é feita essa comunicação”* (fl. 389). No aspecto, essa testemunha esclarece que *“o produto que atingiu a meta não gera mais comissionamento, exceto se a venda for solicitada pelo cliente, a chamada venda ‘on request’, e não ofertada pelo vendedor”,* sendo que, *“nessa hipótese,*



11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0001108-49.2010.5.04.0011 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

o vendedor deve preencher um formulário, explicando a situação, e então receberá comissão” (fl. 389).

Conforme se depreende desses depoimentos testemunhais, não havia o pagamento de comissões sobre os produtos que não era considerados como prioridades, situação que evidencia prejuízo aos empregados da reclamada. Ora, é incabível que um empregado que receba comissões sobre as vendas deixe de receber essa verba apenas porque o produto não está entre as prioridades estabelecidas pela empregadora, principalmente quando esta auferir vantagem por essas vendas, como se observa *in casu*.

Considerando os valores recebidos pelo reclamante a título de “bônus de vendas”, considero verossímil o prejuízo informado na inicial, no valor de R\$ 70,00 por mês, ante a ausência de outro elemento nos autos que demonstre o efetivo prejuízo do reclamante, em razão da prática adotada pela reclamada de não comissionar os produtos não priorizados.

Desse modo, defiro o pagamento de diferenças de comissões, no valor de R\$ 70,00 por mês, pela consideração da venda de produtos não priorizados pela reclamada, com repercussão em férias acrescidas do terço constitucional e décimo terceiro salário.

No que tange ao sistema de “monitoria” adotado pela reclamada, a testemunha GRAZIELLY esclarece, em depoimento, que “*o sistema de monitoria é um sistema de avaliação de desempenho do funcionário, no qual o supervisor ouve as ligações, avaliando se o operador seguiu o script de venda sugerido pela empresa*”, sendo que, “*no momento da monitoria, o empregado deve vender o produto que é solicitado pela empresa e, caso a depoente venda um outro produto nesse momento da monitoria, pode não receber a comissão a que normalmente faria jus e, ainda, pode sofrer um desconto de 10% sobre o montante de todas as comissões, bastando que o empregado não seguisse o script*” (fl. 387). Ainda, relata que, “*mesmo que a depoente vendesse o produto solicitado, se utilizasse uma palavra considerada inadequada, ou colocasse o cliente na espera, poderia ‘zerar’ a monitoria, ou seja, ter o desconto de 10% sobre todas as comissões*” (fl. 387).

E a testemunha MAIKEL refere, em depoimento, que “*os monitoramentos servem para o projeto ‘escalada’, que avalia o potencial do*



11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0001108-49.2010.5.04.0011 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

empregado para fins de promoção na carreira”, e “a avaliação não gera qualquer diferença para fins de comissionamento do empregado” (fl. 388). Esclarece, de outro lado, que “pode ocorrer na monitoria de qualidade que o empregado não ofereça corretamente o produto, por exemplo, ofertando o produto e omitindo o valor, de modo que o cliente não esteja ciente do serviço que adquiriu, e então a monitoria é ‘zerada’, havendo então o desconto da comissão”, sendo que “o serviço oferecido ao cliente também é cancelado” (fl. 388).

Analisando-se em conjunto esses depoimentos testemunhais, é possível concluir que havia o monitoramento dos empregados da reclamada, para fins de verificação da qualidade no atendimento. Contudo, o desconto das comissões só ocorria se a monitoria fosse “zerada” (por exemplo, quando o produto não era oferecido corretamente), hipótese em que o serviço oferecido ao cliente também era cancelado. Ou seja, o não-pagamento de comissões em razão do sistema de “monitoramento” se dava somente quando a pontuação do empregado fosse “zerada”, sendo que, nessas ocasiões, a venda não era concretizada, já que o serviço oferecido ao cliente era cancelado.

Portanto, considerando que havia o cancelamento da venda, caso a monitoria fosse “zerada”, entendo que não é devido o pagamento de comissões nessas situações, não havendo falar em diferenças de comissões por essa razão.

4. Adicional de insalubridade

O laudo pericial apresentado (fls. 333/342) conclui que as atividades do reclamante caracterizavam-se como insalubres em grau médio, nos termos do Anexo nº 13 da NR-15 da Portaria Ministerial nº 3.214/78.

Com efeito, o perito consigna que o reclamante utilizava fone de ouvido *headset* e atendia de quarenta a cinquenta ligações por dia, no desempenho da função de teleoperador. No aspecto, esclarece que a utilização de fone de ouvido do tipo *headset* pode causar dano auditivo, em razão da habitual recepção de sinais sonoros e da proximidade do aparelho com o sistema auditivo.



11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0001108-49.2010.5.04.0011 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

As reclamadas impugnam o laudo pericial, argumentando, em síntese, que as atividades desenvolvidas pelo reclamante não se caracterizam como insalubres.

Pois bem, é incontroverso que o reclamante desenvolveu a função de teleoperador, sendo que nessa função tinha como atribuições o recebimento e a realização de ligações telefônicas e utilizava, para isso, fones de ouvido (*headset*). Em decorrência, ficava exposto aos sinais sonoros recebidos através dos fones de ouvido que utilizava na execução de suas tarefas. Sabe-se que o posicionamento do fone dentro ou muito próximo do pavilhão auricular importa em ampliação e alteração da estrutura do som.

Frente a esse fato, entendo que o trabalho em tais condições se enquadra no Anexo nº 13 da NR-15 da Portaria Ministerial nº 3.214/78. Ainda que não se trate de serviço de telegrafia ou radiotelegrafia, o trabalho nas condições mencionadas implica a recepção de sinais sonoros da chamada telefônica, cujo enquadramento deve-se dar pelas disposições expressas no Anexo nº 13, de caráter meramente qualitativo, e não quantitativo. Ou seja, relevante é o trabalho com recepção de sinais sonoros por fone e não o nível de ruído. Nesse sentido, é o entendimento de iterativa jurisprudência, como segue:

EMENTA: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. TELEFONISTA. ENQUADRAMENTO NAS DISPOSIÇÕES DO ANEXO 13 DA NR 15 DA PORTARIA 3.214/78 DO MTb. Enquadra-se nas disposições do Anexo 13 a telefonista que exerce sua atividade com a utilização de fones de ouvido. Acolhe-se, pois, o apelo da autora, para acrescer à condenação o pagamento do adicional de insalubridade em grau médio à reclamante. [...] (TRT 4ª Região – processo nº 01255.018/98-4 – REO/RO – relatora Juíza MARIA HELENA LISOT – julgado em 03-04-2003)

EMENTA: (...) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. As atividades de telefonista se enquadram na NR-15, anexo 13, Operações diversas -"Telegrafia e radiotelegrafia, manipulação em



11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0001108-49.2010.5.04.0011 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

aparelhos do tipo Morse e recepção de sinais em fones" - da Portaria n.º 3214/78. Por outro lado, a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário mínimo, na forma do art. 192 da CLT e En. 228 do TST. Recurso provido (TRT 4ª Região – processo n.º 00804.022/97-6 – RO – relatora Juíza MARIA HELENA MALLMANN SULZBACH – julgado em 13-07-2000)

EMENTA: (...) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Atividade de telefonista, desenvolvida em recepção de sinais em fones, é enquadrada como insalutífera nos termos do Anexo 13 da NR 15 da Portaria 3214/78. Atividade que não faz imperiosa a inspeção do local de trabalho, emergindo, por sua condição e natureza, autorizada a avaliação pericial, desativado o local do serviço, segundo o disposto no artigo 429 do CPC (TRT 4ª Região – processo n.º 00463.014/97-9 – RO – relator Juiz MILTON VARELA DUTRA – julgado em 24-10-2000)

Embora o reclamante não laborasse como telefonista, é certo que utilizava o fone de ouvido como ferramenta de trabalho. Desse modo, acolho as conclusões do perito engenheiro, por entender que as atividades desenvolvidas pelo reclamante na função de teleoperador caracterizavam-se como insalubres em grau médio, nos termos do Anexo n.º 13 da NR-15 da Portaria Ministerial n.º 3.214/78.

Logo, defiro o pagamento de adicional de insalubridade em grau médio, ao longo de todo o contrato de trabalho mantido entre as partes, com repercussão em férias acrescidas do terço constitucional e décimo terceiro salário.

No que tange à base de cálculo do adicional de insalubridade, não obstante a modificação do disposto na Súmula 228 do TST, no sentido de definir como base de cálculo para esse adicional o salário básico, o Supremo Tribunal Federal deferiu medida liminar para suspender a aplicação da súmula acima indicada, entendendo que *“não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de*



11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0001108-49.2010.5.04.0011 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade" (Medida Cautelar em Reclamação nº 6.266-0 – Distrito Federal – publicada em 15/07/2008), em razão do teor da Súmula Vinculante nº 4.

Destarte, é razoável entender que o salário mínimo permanece como base de cálculo do adicional, até que ocorra a edição de lei sobre a matéria. Sobre essa questão, o Min. Ives Gandra da Silva Martins do E. TST destacou, no acórdão proferido no RR 955/2006-099-15-00.1, que o STF adotou técnica decisória conhecida no direito constitucional alemão como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*), ou seja, a norma, não obstante ser declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se substituir ao legislador para definir critério diverso para a regulação da matéria. Por conseguinte, segundo o entendimento do ilustre Ministro, embora reconhecida a inconstitucionalidade do art. 192 da CLT, a parte final da Súmula Vinculante 4 do STF não permite criar critério novo por decisão judicial, de sorte que, até que se edite norma legal ou convencional estabelecendo base de cálculo distinta do salário mínimo para o adicional de insalubridade, continuará a ser aplicado esse critério para o cálculo do referido adicional.

5. Danos morais

O reclamante afirma que foi submetido a situações vexatórias por parte da reclamada, pela pressão, pelas penalidades sem fundamento e, até mesmo, pela obrigação de utilizar fantasias. Aduz que, em uma determinada ocasião, teve de utilizar fralda geriátrica, em razão de uma campanha de venda realizada pela reclamada. Assevera que a reclamada limitava a ida ao banheiro. Alega que chegou a receber uma advertência, porque esticou a perna para o lado. Postula o pagamento de indenização por danos morais.

A primeira reclamada impugna as alegações contidas na inicial, sustentando que jamais cometeu algum ato atentatório à dignidade do reclamante. Aduz que nunca obrigou o reclamante a utilizar fantasia. Nega que o reclamante tenha recebido advertência por ter esticado a perna para o lado.



11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0001108-49.2010.5.04.0011 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

A necessidade de prova de condutas abusivas de superiores hierárquicos sobre seus subordinados, de modo a degradar o ambiente de trabalho e tornar penosas as atividades exercidas pelo empregado, é requisito indispensável para a configuração do dano moral.

A prova do nexo causal entre o estado de sensibilidade do empregado e a conduta de seus superiores hierárquicos deve restar evidente no conjunto probatório, sob pena de cometermos injustiça com uma indenização que gere o enriquecimento sem causa do empregado. É indispensável a verificação da existência de um dano e, além disso, a relação de causa e efeito entre a ação do empregador e o resultado lesivo ao bem-estar do trabalhador.

No que tange à alegação de que o reclamante uma advertência, porque esticou a perna para o lado, inexistente prova nos autos a demonstrar a sua veracidade. Igualmente, não há elementos nos autos a comprovar que a reclamada limitava a ida dos seus empregados ao banheiro.

Nesse ponto, saliento que o ônus de provar a veracidade dessas alegações cabia ao reclamante, por se tratar de fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 818 da CLT c/c art. 333, I, do CPC, aplicado de forma subsidiária ao processo trabalhista. Todavia, o reclamante não se desincumbiu desse ônus, como anteriormente referido.

Já em relação à alegação de que, em uma determinada ocasião, o reclamante teve de utilizar fralda geriátrica, como fantasia, a prova oral dos autos demonstra a sua veracidade.

Com efeito, em depoimento, a testemunha GRAZIELLY confirma as alegações contidas na inicial, ao referir que *“nas campanhas de vendas a empresa solicitava que os vendedores utilizassem fantasias fornecidas pela reclamada, tais como chapéus engraçados, fraldas geriátricas”*, sendo que *“o reclamante utilizou uma vez essa fralda geriátrica”* (fl. 387). Ainda, essa testemunha relata que *“quem não participasse do uso de fantasias não era considerado um bom empregado e, portanto, qualquer solicitação que fizesse, como por exemplo folgas ou troca de horário, não era atendida pelo supervisor”* (fl. 387).



11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0001108-49.2010.5.04.0011 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

A partir desse depoimento testemunhal, depreendo que o reclamante utilizou fantasia (uma fralda geriátrica), por determinação da reclamada, para a realização de uma campanha de venda.

Diante desses fatos, entendo que o reclamante foi submetido a situação vexatória perante outras pessoas. A ofensa da honra de empregado perpetrada por preposto do empregador se constitui em ato ilícito, bem como infração contratual, em situação que gera o dever de indenização. Nesse caso, é inequívoco o abalo à honra e o sofrimento do trabalhador.

É compreensível que uma empresa busque motivar seus empregados, a fim de obter resultados para alcançar a maior produtividade. Todavia, essa prática encontra limites na ordem jurídica, sendo o principal deles o respeito à dignidade do trabalhador.

Concluindo, defiro ao reclamante o pagamento de indenização, fixada no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), por entender esse montante adequado e proporcional ao dano moral sofrido.

6. FGTS

O reclamante postula o pagamento de diferenças de FGTS de todo o contrato de trabalho acrescidas da indenização compensatória de 40%, afirmando que a reclamada não depositou corretamente os valores devidos a esse título, bem como aquelas decorrentes da incidência sobre as parcelas deferidas neste processo.

Não há prova nos autos do recolhimento do FGTS do contrato, ônus que cabia à reclamada se desincumbir. Logo, presumo existirem diferenças.

Em consequência, defiro o pagamento de diferenças de FGTS acrescidas da indenização compensatória de 40%, autorizando-se a dedução dos valores efetivamente depositados na conta vinculada do autor e comprovados em fase de liquidação de sentença.

Outrossim, considerando a condenação da reclamada ao pagamento de verbas de natureza remuneratória, defiro o pagamento de diferenças de FGTS acrescidas da indenização compensatória de 40% resultantes das parcelas salariais deferidas nesta ação.



11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0001108-49.2010.5.04.0011 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

7. Honorários e justiça gratuita

Indefere-se o pedido de concessão da assistência judiciária, por ausentes os pressupostos constantes no artigo 14 da Lei nº 5.584/70, na medida em que o reclamante não está representado por profissional que pertença ao Sindicato de sua categoria, o que também torna inviável a condenação da reclamada ao pagamento de honorários advocatícios.

Nesta Justiça Especializada somente são devidos honorários assistenciais e, ainda, restritamente nas hipóteses em que presentes os pressupostos insertos na Lei 5.584/70. Não há falar em honorários advocatícios, *stricto sensu*, já que inaplicável, mesmo que subsidiariamente, o artigo 20 do Código de Processo Civil. Registre-se que o artigo 133 da Constituição Federal não revogou os artigos 791 e 839 da CLT, persistindo o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho.

Defere-se ao reclamante, todavia, o benefício da justiça gratuita, na medida em que declarou não deter condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio (fl. 14), tal como previsto no parágrafo 3º do artigo 790 da CLT, e em consonância com o disposto nas Orientações Jurisprudenciais nºs 304 e 331 da SDI-1 do E. TST.

8. Honorários periciais

Fixo os honorários periciais em R\$ 900,00, tendo em vista a complexidade do trabalho desenvolvido pelo perito engenheiro, a ser custeado pela parte sucumbente na pretensão objeto da perícia (CLT, art. 790-B), no caso, as reclamadas. Os valores devem ser atualizados monetariamente até a data de seu pagamento.

9. Descontos previdenciários e fiscais

As reclamadas deverão efetuar o recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre o montante da condenação, na forma do art. 43 e parágrafos da Lei nº 8.212/91. O desconto deve ser calculado mês a mês, conforme critérios fixados no art. 276, § 4º, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, sempre



11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0001108-49.2010.5.04.0011 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

levando em consideração o limite fixado para teto do salário-de-contribuição e as alíquotas aplicáveis.

Em relação aos descontos fiscais, determina-se às reclamadas a retenção do IR e o seu recolhimento, na forma preconizada na Consolidação dos Proventos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, devendo ser apurados sobre o montante da condenação, observado o disposto na Súmula nº 51 do C. TRT desta Região.

10. Juros e correção monetária

Os valores da condenação deverão ser acrescidos de juros e atualizados monetariamente, de acordo com os critérios que serão estabelecidos no momento processual próprio, na fase de liquidação, porquanto deverá ser observada a legislação vigente àquela época, a fim de que não sejam prejudicadas as partes. Não é este, portanto, o momento adequado para debate acerca dos índices de atualização monetária dos mencionados créditos.

Ante o exposto, nos termos da fundamentação, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e, no mérito, julgo **PROCEDENTE EM PARTE** a ação movida por **MAICO LUIZ MORSCH** contra **ATENTO BRASIL S.A. e TERRA NETWORKS BRASIL S.A.**, para condenar a primeira reclamada e, de forma subsidiária, a segunda reclamada, ao pagamento de: **a)** horas extras, pelo acréscimo de 30 minutos no início da sua jornada de trabalho, nas ocasiões em que consta registrado “Indisponibilidade PA” na coluna “Obs”, assim consideradas aquelas excedentes a 6 horas de trabalho diário, com repercussão em férias acrescidas do terço constitucional e décimo terceiro salário; **b)** diferenças de “bônus de vendas”, a partir de fevereiro de 2010, correspondentes à dobra dos valores pagos a esse título no período e registrados nos recibos de pagamento trazidos aos autos, com repercussão em férias acrescidas do terço constitucional e décimo terceiro salário; **c)**



11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

SENTENÇA

0001108-49.2010.5.04.0011 Ação Trabalhista - Rito Ordinário

diferenças de comissões, no valor de R\$ 70,00 por mês, pela consideração da venda de produtos não priorizados pela reclamada, com repercussão em férias acrescidas do terço constitucional e décimo terceiro salário; **d)** adicional de insalubridade em grau médio, ao longo de todo o contrato de trabalho mantido entre as partes, com repercussão em férias acrescidas do terço constitucional e décimo terceiro salário; **e)** indenização por danos morais, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais); **f)** diferenças de FGTS acrescidas da indenização compensatória de 40%, autorizando-se a dedução dos valores efetivamente depositados na conta vinculada do autor e comprovados em fase de liquidação de sentença; e **g)** diferenças de FGTS acrescidas da indenização compensatória de 40% resultantes das parcelas salariais deferidas acima. Os valores serão apurados em liquidação de sentença, acrescidos de juros e correção monetária legais. Concedo ao reclamante o benefício da justiça gratuita. Custas de R\$ 300,00, calculadas sobre o valor atribuído provisoriamente à condenação de R\$ 15.000,00, pelas reclamadas e complementáveis ao final. Fixo os honorários periciais em R\$ 900,00, pelas reclamadas e atualizáveis monetariamente até a data de seu pagamento. As reclamadas deverão comprovar o recolhimento do IRRF, bem como das contribuições previdenciárias incidentes sobre as parcelas deferidas acima, no prazo legal, autorizando-se, quando for o caso, a dedução da contribuição previdenciária e encargos fiscais a cargo do reclamante. Esta sentença é publicada em Secretaria no dia vinte e um de outubro do ano de dois mil e onze, às 18h. **CUMPRA-SE** após o trânsito em julgado. **NADA MAIS.**

Roberto Antonio Carvalho Zonta
Juiz do Trabalho