

TRT 00890-2009-020-10-00-6 RO - ACÓRDÃO 2ª TURMA/2010- 1 -

RELATOR : Juiz Paulo Henrique Blair
REVISOR E REDATOR : Juiz Grijalbo Fernandes Coutinho
Recorrente : Washington Evangelista do Nascimento
Advogado : Magda Ferreira de Souza
Recorrido : Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV
Advogado : José Alberto Couto Maciel
ORIGEM : 20ª VARA DO TRABALHO DE BRASÍLIA/DF
Classe Originária: Ação Trabalhista - Rito Ordinário
(Juíza MARLI LOPES DA COSTA G. NOGUEIRA)

EMENTA: 1. HORAS SUPLEMENTARES. ART. 62, I, DA CLT. Somente insere-se na exceção capitulada no Artigo 62, Inciso I, da CLT, o trabalho em caráter externo que impossibilita o controle pela empregadora, sendo certo que o empregado deve ter tal condição anotada na CTPS e no Registro de Empregados. Todavia, restou comprovado nos autos que apesar de o reclamante desenvolver algumas de suas atividades em caráter externo, sem prejuízo do trabalho interno diário, havia controle patronal quanto à totalidade da jornada cumprida por ele. Assim, não há que se falar em seu enquadramento no dispositivo legal citado.

2.DANO MORAL. REQUISITOS. CONFIGURAÇÃO. Presentes os requisitos para a responsabilização da empregadora, quais sejam, a prática de conduta ilícita culposa, o dano e o nexo de causalidade, há o dever de indenizar, nos termos dos artigos 187 e 927, caput, do Código Civil.

3. Recurso conhecido e provido.

Eis o relatório e voto da lavra do Exmo. Desembargador Relator, à exceção da matéria meritória referente aos tópicos "HORAS EXTRAS, INTERVALO E REFLEXOS" e "DANOS MORAIS", onde prevaleceu a divergência aberta por este Juiz Revisor Convocado e Redator Designado.

"RELATÓRIO

A MM. 20ª Vara do Trabalho de Brasília-DF, sob a presidência da Exmª Juíza Marli Lopes da Costa G. Nogueira, prolatou sentença, cujo relatório adoto, na reclamação trabalhista proposta por WASHINGTON EVANGELISTA DO NASCIMENTO

TRT 00890-2009-020-10-00-6 RO - ACÓRDÃO 2ª TURMA/2010- 1 -
contra COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, julgando procedentes em parte os pedidos formulados na inicial, para condenar a reclamada ao pagamento das diferenças da indenização do art. 9º da Lei 7.328/84, pelo cômputo dos adicionais observados por ocasião das verbas resilitórias (TRCT de fls. 111), absolvendo-a, contudo, dos pleitos de horas extras e reflexos, adicional do intervalo intrajornada, diferenças de ajuda-de-custo, indenização por dano moral, e acréscimo do artigo 467 da CLT, tudo conforme decidido e fundamentado a fls. 341/349.

Inconformado, o Reclamante interpõe recurso ordinário, pugnando pela reforma da r. sentença no tocante aos pleitos indeferidos de horas extras e reflexos, intervalo intrajornada, e indenização por danos morais, pelas razões expostas a fls. 353/371.

Embargos de declaração interpostos a fls. 373/375, pela reclamada, conhecidos e providos, dando-se efeito modificativo ao julgado, para determinar a exclusão da condenação nas diferenças de indenização do art. 9º da Lei 7.238/84 (fls. 383/384).

Recurso ordinário ratificado e aditado a fls. 387, para insistir no pleito de diferenças de indenização do art. 9º da Lei 7.238/84, pelas razões expostas a fls. 388/440.

Sem parecer do Ministério Público, consoante permissivo contido no regimento interno desta Corte.

É, em síntese, o relatório.

ADMISSIBILIDADE

Regular e tempestivo, conheço do recurso."

MÉRITO

HORAS EXTRAS, INTERVALO E REFLEXOS

Na petição inicial, o reclamante alegou que foi admitido como Vendedor pela reclamada em 02 de abril de 2001, recebendo, no momento da propositura da ação o valor remuneratório mensal de R\$1.600,00 (um mil e seiscentos reais), composto de salário fixo e comissões. Disse o obreiro que no período de 02/04/2001 a agosto/2006 laborou das 07:00 às 18:30 horas, de segunda a sexta-feira, com 30 (trinta) minutos de intervalo, e das 07:00 às 14:30 horas aos sábados. No período restante, asseverou o demandante que cumpre jornada das 07:00 às 19:00 horas, com 30 minutos de intervalo, de segunda a sexta-feira, e das 07:00 às 15:00 horas, sem intervalo, aos sábados.

Esclareceu o obreiro que sempre trabalhou em caráter interno e externo, não havendo se falar na incidência da regra do artigo 62, I, da CLT, tanto é assim que batia o cartão de ponto.

Pleiteou, assim, o pagamento de horas extras e do intervalo não usufruído, com as repercussões de direito.

Defendendo-se, a reclamada impugnou de forma

TRT 00890-2009-020-10-00-6 RO - ACÓRDÃO 2ª TURMA/2010- 1 -

genérica os horários indicados na petição inicial para asseverar que o reclamante não estava submetido a controle de jornada, diante da presença da hipótese do artigo 62, I, da CLT, pois trabalhava em caráter externo, conforme registrado na CTPS e na Ficha de Registro de Empregados. Destacou a empresa que essa impossibilidade de controle de horário está consignada na convenção coletiva de trabalho aplicável à relação jurídica em exame (Cláusula nona transcrita a fls. 209). Disse, ainda, que a remuneração mensal do autor era de R\$ 700,00 e não de R\$ 1.600,00, como afirmado na inicial.

Em nome do princípio da eventualidade, indicou a empregadora o cumprimento de horários, pelo autor, dentro dos limites constitucionais e legais (das 7h às 17h, com uma hora de intervalo, de segunda-feira a sexta-feira, e das 8h às 12h horas aos sábados), além da observância da Súmula nº 340, do TST, na hipótese de eventual condenação que lhe for imposta.

O Juízo de origem indeferiu a pretensão obreira sob o argumento de que o reclamante não comprovou a jornada declinada na inicial.

Irresignado, o autor alega que a reclamada sequer trouxe aos autos os cartões de ponto de período razoável de vigência do contrato de trabalho, omissão capaz de atrair a aplicação da Súmula nº 338, do TST, sendo que os documentos exibidos consignam horários não condizentes com a realidade, invariáveis, inclusive. Acrescenta que é requisito para que se configure a hipótese do artigo 62, inc. I, da CLT, que seja anotada na CTPS do empregado tal condição, o que não ocorreu na hipótese. Assevera que a prova emprestada admitida pelo juízo a quo atesta o labor em regime de sobrejornada. Por último, cita precedentes jurisprudenciais do Eg. TRT 10ª Região e do Col. TST.

Ao ventilar fato impeditivo do direito pleiteado (CLT, Artigos 769 e 818; CPC, Artigo 333, Inciso II), a reclamada atrai para si o ônus *probandi* deste fato.

Somente insere-se na exceção capitulada no Artigo 62, Inciso I, da CLT, o trabalho em caráter externo que impossibilita o controle pela empregadora, sendo certo que o empregado deve ter tal condição anotada na CTPS e no Registro de Empregados.

Ocorre que a própria reclamada juntou aos autos controles de frequência (fls. 81/112) do período de setembro de 2005 a abril de 2009, com registro eletrônico dos respectivos horários de entrada e saída, fato a demonstrar que havia fiscalização da jornada cumprida, desmoronando-se, assim, a tentativa da empregadora em enquadrar o autor na exceção do Artigo 62, inciso I, da CLT.

Não pode a reclamada declarar que o autor encontra-se enquadrado na exceção do artigo 62, I, da CLT, ou seja, sem submissão a controle de jornada, ao mesmo tempo em que institui ponto eletrônico para o registro dos horários.

De uma só vez, restam superadas pela realidade fática os registros formais em sentido contrário lançados no

TRT 00890-2009-020-10-00-6 RO - ACÓRDÃO 2ª TURMA/2010- 1 -

contrato de trabalho (a fls. 93/94), assim como são inaplicáveis as regras coletivas que cuidam da incompatibilidade do controle de horário de trabalhadores os quais desenvolvem as suas atividades em caráter externo. É que a reclamada, no caso concreto, demonstrou não só a possibilidade desse tipo de controle, como o realizou na prática ao instituir o ponto eletrônico. As normas coletivas, portanto, jamais podem superar a realidade laboral, ainda mais em se tratando de contrato marcado pelo princípio da primazia da realidade.

Passando por todas essas questões, de idêntico modo, melhor sorte não assiste à reclamada. É que o inteiro teor da prova oral revela que apesar de o reclamante desenvolver algumas de suas atividades em caráter externo, sem prejuízo do trabalho interno diário, havia controle patronal quanto à totalidade da jornada cumprida pelo obreiro.

O reclamante impugnou os horários lançados nos cartões de ponto, dizendo que eram anotados conforme determinação da empregadora sem tomar em consideração da realidade, competindo-lhe, como mera decorrência lógica, provar a falsidade dos documentos - horários ali descritos (CLT, artigo 818).

Quanto aos meses em que os cartões deixaram de ser exibidos, cabe à reclamada demonstrar a inveracidade dos horários apontados na petição inicial (CLT, artigo 74, §2.º; Súmula n.º 338, do TST).

Em seu depoimento pessoal, ratificou o reclamante a jornada descrita na peça de ingresso(a fls. 304).

Analisando a prova emprestada, constata-se que há demonstração de controle de jornada para os vendedores da AMBEV, intervalo intrajornada reduzido de segunda a sexta-feira e nenhum tempo concedido aos sábados, assim como a fragilidade dos horários extraídos dos espelhos de ponto, diante da possibilidade de alteração nos registros feitos pelo trabalhador (a fls. 331/340).

O preposto patronal reitera que os horários laborados eram registrados nos controles de ponto, à exceção do intervalo intrajornada que era de uma hora(fls. 327/328, 331/332 e 337/338).

As testemunhas Carlos Alberto Martins Dias e Widmark Loiola Rodrigues, de forma incisiva, afirmaram que a jornada de trabalho do vendedor era das 07:00 às 18:30 horas, com 30, e das 07:00 às 14:30 horas aos sábados, sem intervalo, cujos horários não eram corretamente assinalados nos registros eletrônicos, eis que manipulados pelo Supervisor da reclamada.

A testemunha trazida pela empresa, Moisés Estanislau da Silva, por sua vez, admitiu que nem sempre era possível usufruir da totalidade do intervalo (a fls. 334).

Pelo conjunto da prova produzida nos autos, declaro que o reclamante trabalhava das 07:00 às 18:30 horas, de segunda a sexta-feira, com 30 (trinta) minutos de intervalo, e

TRT 00890-2009-020-10-00-6 RO - ACÓRDÃO 2ª TURMA/2010- 1 -

das 07:00 às 14:30 horas, sem intervalo, aos sábados, fazendo jus ao recebimento de tantas quantas horas extras ultrapassem o limite semanal de 44 (quarenta e quatro) horas, acrescidas do percentual de 50% (cinquenta por cento), com a observância do divisor 220, além de reflexos sobre gratificações natalinas, férias acrescidas do abono de 1/3, FGTS, multa de 40% e repouso semanal remunerado, observada a evolução salarial constante das fichas financeiras compensando-se as horas extras e reflexos pagos no mesmo lapso temporal, para evitar o recebimento em duplicidade.

Em nome do princípio da eventualidade, a reclamada requer a apuração das horas extras com a observância do comando presente na Súmula nº 340, do TST, diante da condição de comissionista do reclamante.

O reclamante não era comissionista puro, vez que é incontroverso o fato de que, além das comissões sobre as vendas realizadas, ele percebia salário fixo.

Não vejo razão para a apuração das horas extras de modo distinto daquele previsto em normas constitucionais e legais, com todo respeito ao entendimento em sentido contrário.

Esta E. 2ª Turma do TRT 10ª Região, órgão que ora integro na condição de juiz convocado, no entanto, no caso de comissionista misto, observando o teor da Súmula nº 340, do TST, determina o pagamento apenas do adicional de 50% (cinquenta por cento) sobre a parte da remuneração variável (comissões). Mas sobre a outra rubrica (salário fixo), são devidas todas as horas extras acrescidas do adicional de 50% (cinquenta por cento).

Assim, ressalvo meu entendimento pessoal para determinar o pagamento do labor extraordinário mediante a aplicação das premissas antes citadas: I) sobre a parte da remuneração variável paga a título de comissões haverá apenas a incidência do adicional de 50% sobre as horas além da jornada normal; II) sobre o salário fixo, no entanto, são devidas horas extras crescidas do percentual de 50% (cinquenta por cento).

Restou incontroverso, nos autos, que a reclamada não permitiu ao reclamante usufruir da totalidade do intervalo intrajornada de 1(uma) hora, em face da jornada prestada ter sido sempre além da 6.ª hora diária (prova emprestada).

Detentor do poder diretivo e de comando, deve o empregador conceder, fiscalizar e fazer cumprir o intervalo regular, pelos seus empregados. Não se trata de uma ação facultativa, que possa ser exercida ou não pelos trabalhadores.

Tenho, pois, que a omissão patronal "*burla norma que tem por objetivo proteger a saúde e a segurança do trabalho, preservando a higidez física e mental da trabalhadora durante a prestação diária de serviços*" (Maurício Godinho Delgado, in Curso de Direito do Trabalho), ou seja, violou a inovação legislativa prevista no art. 71, §

TRT 00890-2009-020-10-00-6 RO - ACÓRDÃO 2ª TURMA/2010- 1 -

4.º da CLT, que tem por escopo obstar o abuso dos empregadores ao não conceder o descanso intrajornada ao empregado, face ao caráter higiênico do descanso em análise.

Dentro deste contexto, é forçoso concluir que a ausência da concessão de intervalo intrajornada de uma hora, quando a jornada de trabalho diária é de 6 horas ou superior, atrai a aplicação da norma prevista no art. 71, §4.º da CLT.

Ao violar a regra, independentemente do tempo destinado ao intervalo, o empregador arca com a totalidade de indenização prevista no Artigo 71, § 4.º, da CLT.

Deste modo, condeno a empregadora ao pagamento da indenização prevista no §4.º, do artigo 71, da CLT, equivalente a uma hora, com acréscimo de 50% sobre o valor da hora normal (OJ n.º 307, do TST), nos exatos limites do pedido de letra "c", da petição inicial, a fls. 12, tendo em vista que a verba foi reivindicada pelo autor sob essa moldura jurídica - indenizatória -(CPC, artigos 128, 459 e 460).

Dou provimento parcial ao apelo.

DANOS MORAIS

Requeru o autor a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por dano moral porque era obrigado a cantar diariamente marcha de guerra, aos gritos e berros, repleta de palavras de baixo calão, tudo a lhe causar constrangimento e humilhação ao entoar.

De modo uníssono, a prova emprestada, a fls. 327/340, confirmou que os vendedores da reclamada, na reunião diária, antes do início das visitas a clientes, cantavam, dentre outros, o hino de guerra destacado na petição inicial, aqui transcrito, com o estímulo à violência e o apego a palavras de baixo calão, hino de guerra esse criado pelo Gerente da reclamada e entoado pelo Supervisor de Vendas em primeiro lugar.

A empregadora diz que havia liberdade, por parte do empregado, quanto à sua adesão ao canto do hino de guerra, mas a testemunha Carlos Alberto Martins Dias, que trabalhou no mesmo local de trabalho do autor, na sala Brasília, disse que não era bem assim, tendo em vista que *"já foi reprimido por não cantar o hino"*, bem como que *"tentaram conversar com o supervisor e gerente para que fosse feito um hino menos agressivo, mas eram o supervisor e gerente que faziam o hino e não aceitavam as opções dos vendedores"* (a fls. 328).

Ressalta-se que o fato do reclamante ter confessado, a fls. 304, que não cantava o específico hino constante da inicial, a fls. 07/08, não é capaz de ilidir seu direito à indenização postulada. Isso porque, consoante exposto acima, as demais provas constantes nos autos corroboram as alegações exordiais de que o obreiro era compelido pelos seus supervisores a cantar diversos hinos de guerra com expressões de baixo calão (a fls. 327/340).

Nessas circunstâncias, tem-se que o reclamante desincumbiu-se satisfatoriamente de provar fatos que

TRT 00890-2009-020-10-00-6 RO - ACÓRDÃO 2ª TURMA/2010- 1 -

demonstraram seu constrangimento e humilhação ocasionados pela atitude patronal.

Para a configuração do direito à reparação civil alguns requisitos se mostram imprescindíveis: a ação ou omissão do autor, o nexo de causalidade e o dano propriamente dito.

Hoje, numa evolução da proteção à saúde do trabalhador, à honra, à intimidade, à dignidade e à imagem, não mais são toleradas práticas que possam levar o ser humano a situações vexatórias, seja qual for o âmbito da relação. No que se refere aos contratos de trabalho, se é certo que o proprietário dos meios de produção dirige os negócios, com o uso do poder de comando na tomada das principais decisões, deve fazê-lo sempre em observância a princípios de maior relevância para a coletividade, mantendo um ambiente saudável de trabalho, respeitando os seus empregados e fazendo com que a sua propriedade cumpra a função social prevista na Constituição Federal.

Para Sílvio Rodrigues, citado por José Affonso Dallegrave Neto, danos morais *"são todos aqueles que não têm repercussão de caráter patrimonial ou, no dizer de Paulo Netto Lobo, os danos morais violam os direitos de personalidade"* (in, Responsabilidade Civil, LTR, São Paulo, 2005, página 141).

Mas é certo que para a caracterização do dano moral, na concepção da teoria da responsabilidade civil abraçada pelo novo Código Civil (artigo 927, parágrafo único), há necessidade da presença do dano e também do nexo de causalidade (in, obra citada).

A Constituição Federal assegura, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, cujo desrespeito a tais garantias atrai a indenização pelo dano material ou moral (CF, artigo 5.º, inciso X).

Adotando, de maneira clara, a teoria da responsabilidade civil baseada no risco (in, O acidente de Trabalho e a Responsabilidade Civil do Empregador, LTR, São Paulo, 2003, fl. 28- José Cairo Júnior), o Código Civil, declara que *"haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem"*.

Para Walmir Oliveira Costa *"Só há responsabilidade do ofensor se houver dano a reparar, tendo o empregado que provar a presença dos elementos essenciais da responsabilidade civil extra-contratual, ou seja: a) o dano suportado; b) a culpa do empregador; e c) o nexo causal entre o evento danoso e o ato culposo"* (in, "Dano Moral nas Relações Laborais", Editora Juruá, 1999, Curitiba-PR, Página 49).

O dano moral em si - a dor e abalo moral - não é passível de prova. Uma vez provado o fato ensejador do dano moral e a culpa do agente, resta configurada a obrigação de

indenizar.

Foi claramente demonstrado nos tópicos anteriores que ao reclamante, na condição de vendedor de produtos da AMBEV, foram impostos hinos de guerra cantados por ele e pelos demais colegas de trabalho antes do início das visitas a clientes, tudo no sentido de preparar o grupo de "guerreiros" para a "guerra de rua que se avizinhava", manifestação coletiva raivosa que nada mais significava do que a cega, obediente e militarizada defesa dos interesses empresariais acima da liberdade individual de cada um dos empregados.

A simples venda de bebidas para comerciantes não pode ser transformada numa operação inspirada em movimentos militares de resistência, de luta contra o "inimigo", da destruição de adversários, da total entrega dos empregados aos desejos empresariais, do despreendimento físico ao trabalhar de maneira exaustiva à doação da alma ao patrão sedento por lucros, como se dissessem os obstinados e obedientes vendedores que dariam a vida em nome da aquisição dos produtos da empresa por terceiros.

O jeito militar de organização dos trabalhadores para aumentar as vendas da AMBEV é profundamente desrespeitoso e ofensivo aos empregados da referida empresa, além de ferir a liberdade individual de cada vendedor e conspirar contra o sentido de nação que prestigia os valores democráticos, dando de costas, assim, com o Estado Democrático de Direito consagrado no texto constitucional.

Diante desse contexto, não há como negar que, em situação afim, todo e qualquer cidadão se sentiria constrangido, pressionado, diminuído, em maior ou menor proporção, efetivamente desrespeitado pela reclamada.

A culpa do empregador, do mesmo modo restou evidente, seja porque a prática de cantar hinos realiza-se como política do empreendimento de bebidas para estimular os vendedores, conforme restou confessado pela preposta patronal, seja porque responde a AMBEV pelos danos causados por seus prepostos contra terceiros.

Ao contrário do que agita a reclamada, não é necessária a intenção em prejudicar, com a sua atitude, o empregado. O Código Civil adotou a teoria da responsabilidade civil, com substrato no parágrafo único do artigo 927, dentro da modalidade do "risco ocupacional". Seja qual for a forma, assume o empregador o risco pelo tratamento dispensado aos empregados. Some-se à discussão que o próprio descumprimento das normas de transportes de valores, já se mostra capaz de atrair culpa, dentro de responsabilidade subjetiva, ainda que presumida, por parte do empregador que não as observa a contento.

Quanto ao nexos de causalidade entre o evento danoso e o trabalho prestado pelo reclamante, além do que foi tratado nos tópicos anteriores, registro que o último requisito exigido para a presença da hipótese justificadora do direito à indenização, encontra-se irrefutavelmente conexo com o labor

do reclamante.

Na esteira do raciocínio desenvolvido nos tópicos anteriores, concluo que a reclamada deve indenizar o reclamante (CF, artigos 5.º, inciso X e 7.º, inciso XXVIII; CC, artigos 186 e 927), por dano moral, decorrente do constrangimento e humilhação a que foi submetido por ser obrigado a cantar hinos de guerra, abdicando de sua liberdade individual em nome da defesa do patrimônio empresarial.

No caso concreto, realmente, convergem os elementos que motivam a obrigação reparatória, conforme se infere de tudo quanto consta dos autos.

O conjunto fático-probatório revela que restou configurado o dano moral suscetível de indenização, uma vez que o autor foi reiteradamente exposto a situação de risco (evento danoso), por conduta voluntária do empregador (ação), havendo relação entre uma e outra coisa (nexo causal).

Necessário ter em mente que, no que diz respeito ao dano moral, o que reclama produção probatória são os fatos que provocam o abalo, a dor, o constrangimento. E não há dúvida de que o abalo psicológico demonstrado causou o dano apontado na exordial.

Quanto ao valor da indenização postulada na inicial (R\$ 16.000,00), correspondente a 10(dez) vezes o valor de sua maior remuneração, por dano moral decorrente da obrigação obreira em cantar hinos de guerra criados pelos gerentes da reclamada, para analisá-lo, convém destacar que não há, no ordenamento jurídico, qualquer norma voltada para a eventual tarifação do valor do dano moral, algo extremamente positivo, porque não é possível dimensionar ou disciplinar as inúmeras situações capazes de envolver o tema. Mas é certo que a indenização deve, por um lado, procurar ressarcir o dano, em toda a sua extensão e, por outro, ter um caráter pedagógico-preventivo. Também deve ser objeto de investigação, quando da fixação do valor, a capacidade econômica empresarial e a necessidade da vítima da ofensa.

A reclamada é mais expressiva empresa brasileira no segmento que explora, com rendimentos e lucros elevados, resultado da fusão das maiores cervejarias que uniram-se para criar gigante multinacional no referido setor na América Latina.

A indenização deve ter conteúdo didático de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer a vítima. Nesse sentido assentou-se a jurisprudência (vg STJ AgRg no Ag 477 631/DIREITO, AgRg no Ag 455 412/CASTRO, REsp 556 200/CÉSAR, REsp 287 816/BARROS MONTEIRO, EResp 439 956/DIREITO). Como sustentou o ministro Delgado, em julgamento do C. STJ, "*é acertado concluir que a condenação imposta pelo dano moral não se situa no quantum, mas sim no inequívoco reconhecimento de que foi reprimida a conduta lesiva*".

Não existe na lei, na doutrina ou na jurisprudência, um critério rígido e objetivo para fixação do valor da indenização por dano moral, devendo ser considerados,

TRT 00890-2009-020-10-00-6 RO - ACÓRDÃO 2ª TURMA/2010- 1 -

conforme leciona Rui Stoco, em referência a Brebbia, Alguns elementos que se devem levar em conta na fixação do reparo: a gravidade objetiva do dano, a personalidade da vítima (situação familiar e social, reputação), a gravidade da falta (conquanto não se trate de pena, a gravidade e mesmo a culpa da ação implica a gravidade da lesão), a personalidade (as condições) do autor do ilícito. (El Dano Moral, p.19). (Curso de Responsabilidade Civil, pág. 675).

O valor há de ser fixado por equidade por envolver apreciação subjetiva. É relevante, para a definição da importância arbitrada a tal título, observar a extensão do dano e o nível de sua gravidade, o caráter pedagógico-preventivo da medida punitiva, a capacidade econômica do ofensor e a necessidade de compensar a vítima de modo adequado, evitando-se, assim, a natureza meramente simbólica da indenização ou o estabelecimento de montante capaz de superar os limites da razoabilidade.

Diante dessas considerações, fixo a indenização por danos morais no montante de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil), tal como reivindicado na peça de ingresso.

Dou provimento, no particular.

"DIFERENÇA DA INDENIZAÇÃO DO ART. 9.º DA LEI 7.238/84

Pronunciou a d. sentença:

'Dizendo ter sido dispensado no trintídio que antecede sua data-base, o autor postula o pagamento da diferença da indenização em epígrafe, trazendo aos autos o TRCT complementar de fls. 17, onde se observa o pagamento dessa indenização e, pois, a concordância da empresa com esse pagamento. Ocorre que para tal pagamento não observou a empresa a inclusão de prêmios e outros adicionais, como observado para a satisfação das verbas resilitórias descritas no TRCT de fls. 111. Assim, pagará a empresa as diferenças postuladas, como indicadas nesse último TRCT. Pedido procedente.' (fls 345/346).

Referida condenação foi excluída, no entanto, na decisão proferida em embargos de declaração, in verbis:

'A sentença atacada condenou a reclamada a pagar ao autor as diferenças da indenização em epígrafe, determinando a inclusão de prêmios e outros adicionais na base de cálculo da parcela. Realmente, procede a insurgência da

TRT 00890-2009-020-10-00-6 RO - ACÓRDÃO 2ª TURMA/2010- 1 -

reclamada, uma vez que há a contradição apontada, pois a indenização tem como base de cálculo apenas o salário mensal.

Como o TRCT de fls. 17 demonstra o pagamento da indenização, no valor do salário mensal do autor, não há que se falar em diferenças decorrentes de prêmios e outros adicionais.

Assim, excluo da condenação as diferenças de indenização do art. 9º da Lei 7.238/84, inclusive por que o silêncio do autor demonstra que ele não se insurge com as alegações da empresa.' (fls.383/384).

Diz a recorrente a fl. 392 que a indenização adicional deve ser calculada não só sobre a importância fixa (salário base) mas também sobre as demais verbas adicionais legais ou convencionais. Invoca a Súmula nº 242/TST.

Dispõe o art 9º da Lei nº 7.238/84 que: "O empregado dispensado, sem justa causa, no período de 30(trinta) dias que antecede a data base de sua correção salarial, terá direito à indenização adicional equivalente a um salário mensal, seja ele optante ou não pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS." Não há controvérsia de que o reclamante foi dispensado no trintídio que antecede sua data base e do pagamento da indenização adicional de que trata o supratranscrito dispositivo legal (TRCT complementar de fl. 17), conquanto no valor de R\$700,00, equivalente ao salário mensal do obreiro.

Não observou a empresa, assim, a inclusão de prêmios e outros adicionais, constantes do TRCT de fl. 111.

Discute-se aqui a abrangência do vocábulo "salário", que em sua composição não se restringe à "verba contraprestativa fixa principal que lhe paga o empregador (salário básico). O salário é composto também por outras parcelas pagas diretamente pelo empregador, dotadas da estrutura e dinâmica diversas do salário básico, mas harmônicas a ele no tocante à natureza jurídica." (verbi gratia - "Curso de Direito do Trabalho - 7ª edição - Mauricio Godinho Delgado - págs. 695/696).

Dentro desse contexto dou provimento ao recurso do reclamante, no particular, para restabelecer a condenação da reclamada nas diferenças de indenização do art. 9º da Lei 7.238/84."

CONCLUSÃO

Pelo o exposto, conheço do recurso e, no mérito, dou-lhe provimento para condenar a reclamada ao pagamento das seguintes verbas:

a)diferenças de indenização do art. 9.º da Lei 7.238/84;

TRT 00890-2009-020-10-00-6 RO - ACÓRDÃO 2ª TURMA/2010- 1 -

b) labor extraordinário mediante a aplicação dessas premissas: I) sobre a parte da remuneração variável paga a título de comissões haverá apenas a incidência do adicional de 50% sobre as horas além da jornada normal; II) sobre o salário fixo, no entanto, são devidas horas extras crescidas do percentual de 50% (cinquenta por cento);

c) indenização prevista no §4.º, do artigo 71, da CLT, equivalente a uma hora, com acréscimo de 50% sobre o valor da hora normal (OJ n.º 307, do TST), nos exatos limites do pedido de letra "c", da petição inicial, a fls. 12;

d) indenização por danos morais no montante de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil).

Tudo nos termos da fundamentação.

Arbitro novo valor à condenação no importe de R\$58.000,00 e fixo custas de R\$1.160,00, a cargo da reclamada.

É o voto.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os integrantes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10.ª Região, conforme certidão de julgamento a fls. retro, aprovar o relatório, conhecer do recurso, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a reclamada ao pagamento das seguintes verbas:

a) diferenças de indenização do art. 9.º da Lei 7.238/84;

b) labor extraordinário mediante a aplicação dessas premissas: I) sobre a parte da remuneração variável paga a título de comissões haverá apenas a incidência do adicional de 50% sobre as horas além da jornada normal; II) sobre o salário fixo, no entanto, são devidas horas extras crescidas do percentual de 50% (cinquenta por cento);

c) indenização prevista no §4.º, do artigo 71, da CLT, equivalente a uma hora, com acréscimo de 50% sobre o valor da hora normal (OJ n.º 307, do TST), nos exatos limites do pedido de letra "c", da petição inicial, a fls. 12;

d) indenização por danos morais no montante de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil).

Arbitro novo valor à condenação no importe de R\$58.000,00 e fixo custas de R\$1.160,00, a cargo da reclamada.

Tudo nos termos do voto do Juiz Revisor e Redator Designado.

Brasília (DF), 1.º de julho de 2010 (data do julgamento).

GRIJALBO FERNANDES COUTINHO

Juiz Revisor Convocado e Redator Designado

*Presente acórdão foi publicado em
29.07.2010 Edição 532_2010 - Caderno do TRT
da 10.ª REGIÃO - Jurídico.*