

Recurso Ordinário Trabalhista 0021875-55.2017.5.04.0402

RECORRENTE: EDUARDO KERSTING ADVOGADOS ASSOCIADOS

ADVOGADA: ELISA ISOTTON

RECORRENTE: GABRIELA GROLLI

ADVOGADO: POLICIANO KONRAD DA CRUZ

RECORRIDO: EDUARDO KERSTING ADVOGADOS ASSOCIADOS

RECORRIDO: EDUARDO HOFMEISTER KERSTING

RECORRIDA: GABRIELA GROLLI

RELATORA: ANA LUIZA HEINECK KRUSE

EMENTA

RECURSO DA RECLAMANTE. MATÉRIA PREJUDICIAL PREPARO. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA

Não há omissão na decisão, que determina seja realizado o preparo, o qual por definição e a teor do art. 899, § 1º da CLT, abrange custas processuais e depósito recursal. Ainda que a ordem se destine à parte reclamante, tendo havido condenação na reconvenção, a pagar a quantia de quarenta mil reais, logicamente deve efetuar o preparo de forma integral, mormente por lhe ter sido negada a Justiça Gratuita.

RECURSO DA RECLAMADA. SENTENÇA LÍQUIDA. A prolação de sentença líquida é medida de celeridade processual que nenhum prejuízo traz às partes, conquanto garantido o direito de impugnação aos valores apurados, em embargos de declaração ou mesmo em recurso ordinário, mormente no caso em apreço, em

que minuciosamente detalhados os cálculos efetuados pelo perito e os critérios adotados.

Não há violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, tampouco às normas referidas pela recorrente, entre as quais os artigos 5º, LV, da Constituição, e 879, da CLT.

Por fim, sendo a reclamada sucumbente no objeto da perícia, à evidência, deve arcar com a integralidade do valor correspondente aos honorários do profissional que atuou no feito, consoante artigo 790-B da CLT.

Sentença mantida

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por maioria, vencidos parcialmente, com votos díspares, a Relatora e o Desembargador George Achutti, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE, GABRIELA GROLLI, para:

- Ø Substituir a condenação ao pagamento de horas extras a partir da 44ª hora semanal, pela condenação ao pagamento de horas extras a partir da oitava diária, ao longo de todo o contrato, com adicional de 100%, reflexos em repousos semanais e feriados, férias acrescidas de 1/3, gratificações natalinas, aviso-prévio e FGTS com 40%;
- Ø Para acrescer à condenação o pagamento de intervalos do art. 384 da CLT, sempre que houve prestação de horas extras, a partir da oitava, ao longo de todo o período contratual, com o adicional de

50% e reflexos em repousos semanais e feriados, férias acrescidas de 1/3, gratificações natalinas, aviso-prévio e FGTS com 40%;

- Ø Determinar que, sobre os valores devidos a título de FGTS, devidamente atualizados, incidam juros de mora a partir do ajuizamento da ação;
- Ø Para absolvê-la da condenação ao pagamento do valor de R\$ 40.000,00 acrescido de correção monetária e dos honorários advocatícios ditados na reconvenção.
- Ø Por maioria, vencida parcialmente a Relatora, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ADESIVO DA RECLAMADA

EDUARDO KERSTING ADVOGADOS ASSOCIADOS, para absolvê-la da condenação ao pagamento de horas extras relativas aos intervalos do artigo 71 da CLT; para determinar a retificação dos cálculos em relação às férias proporcionais, ao 13º salário proporcional e ao terço constitucional incidente sobre as férias 2013/2014 e 2014/2015, nos termos da fundamentação, e para absolvê-la da condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Valor da condenação que se acresce em R\$ 3.000,00 (três mil reais), com custas proporcionalmente acrescidas em R\$ 60,00 (sessenta reais), para os efeitos legais. Reverte-se à reclamada o ônus de pagamento das custas da reconvenção, incidentes sobre o valor a ela atribuído.

Intime-se.

Porto Alegre, 19 de novembro de 2019 (terça-feira).

RELATÓRIO

A reclamante GABRIELA GROLLI interpõe recurso ordinário, buscando a reforma da sentença quanto a: Justiça Gratuita; evolução salarial; integração de parcelas à remuneração; horas extras; intervalos; honorários; reconvenção; cálculos de liquidação.

A reclamada EDUARDO KERSTING ADVOGADOS ASSOCIADOS oferece contrarrazões e interpõe recurso adesivo, insurgindo-se em relação a: nulidade da sentença; ilegitimidade passiva; custas; vínculo empregatício; salário; alimentação; extinção do contrato e rescisórias; férias; horas extras; má-fé; critérios de atualização de parcelas; honorários; expedição de ofícios; cálculos e honorários periciais; indisponibilidade de bens.

A demandante oferece contrarrazões ao recurso adesivo.

A reclamada contra-arrazoa o recurso ordinário da autora.

Indeferido o pedido da reclamante, relativo ao benefício da Justiça Gratuita, há o recolhimento de custas processuais e depósito recursal. Os embargos declaratórios não são acolhidos, mas sim recebidos como simples petição, conforme pleiteado.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA

NULIDADE DA SENTENÇA

A reclamada pugna pelo reconhecimento da nulidade do processo a partir da decisão de embargos de declaração, em razão do efeito modificativo sem intimação para que se manifestasse. Pleiteia seja

determinando o retorno dos autos à origem para oportunidade de nova manifestação e prolação de nova sentença.

Examino.

De fato houve equívoco no Juízo de origem, pois a parte reclamada não foi intimada antes da prolação de sentença após a oposição dos embargos declaratórios opostos pela autora. Todavia, constatada omissão após a referida sentença, houve ampla manifestação da ré, primeiro mencionando a possibilidade de o julgador retroceder, oportunizar o contraditório e prolatar nova decisão.

Depois, a reclamada apresenta recurso adesivo, suscitando tal nulidade e combatendo detidamente pontos das decisões do Juízo de origem.

Entende-se que pelo princípio da instrumentalidade, considerando ainda a simplicidade e a economia processual, é de ser tolerada a imprecisão técnica excepcionalmente neste caso específico, em razão da impossibilidade de prejuízo às partes. O Juízo de origem esgotou a prestação jurisdicional, as partes tiveram garantido o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, ainda que não observadas rigorosamente as regras processuais; não houve supressão de instância nem afronta a garantias constitucionais de acesso à Justiça.

Assim sendo, não reconheço a nulidade e determino o prosseguimento do feito. Provimento negado.

NULIDADE DA SENTENÇA LÍQUIDA

A reclamada pugna pelo reconhecimento da nulidade da sentença líquida, por ter sido nomeado perito contador para proferir

sentença líquida, onerando a parte com tal custo sem antes oferecer prazo para apresentar cálculos ou quesitos, em afronta ao art. 879, § 1º-B, da CLT. Invoca os arts. 4º da Resolução nº 203, do TST, 9º e 10 do CPC, 5º, LIV e LV, da Constituição.

Examino.

Diversamente do que aduz a ré, inexistente vedação legal à publicação de sentença contendo valores líquidos correspondentes aos direitos deferidos à parte autora, mediante elaboração simultânea de cálculo de liquidação, cabendo registrar que o respectivo demonstrativo de cálculo e os valores nele constantes integram os fundamentos da decisão, podendo ser objeto de recurso.

Nesses casos, não é aplicável a regra do artigo 879, § 1º-B, da CLT.

Com efeito, a prolação de sentença líquida é medida de celeridade processual que nenhum prejuízo traz às partes, conquanto garantido o direito de impugnação aos valores apurados, em embargos de declaração ou mesmo em recurso ordinário, mormente no caso em apreço, em que minuciosamente detalhados os cálculos efetuados pelo perito e os critérios adotados.

Não há violação às normas constitucionais invocadas pela reclamada, nem quanto ao fato de ser nomeado perito contábil, devendo a demandada arcar com os respectivos honorários.

Conforme antes destacado, a sentença líquida é instituto que visa à celeridade processual, não ocasionando tumulto processual nem prejuízo às partes. No prazo recursal adequado, é oportunizada a manifestação das partes e, além disso, as razões recursais podem

abarcam não só critérios e índices de cálculo, mas também a própria matéria de mérito dos pedidos, relativa aos itens objeto de apuração dos créditos devidos à parte reclamante. Também não há ilegalidade na nomeação de perito contador para a elaboração do cálculo, na medida em que inexistente perito judicial, pertencente ao quadro de servidores deste Tribunal Regional, apto a realizar a conta.

Nesse sentido é o entendimento desta Turma julgadora, como demonstra o seguinte aresto:

CÁLCULOS ANEXADOS À SENTENÇA LÍQUIDA. HONORÁRIOS DO PERITO CONTADOR. A prolação de sentença líquida se ajusta ao princípio de celeridade processual. Inexistindo contador judicial, pode o Juiz nomear perito para auxiliá-lo na confecção da sentença líquida. A responsabilidade da reclamada pelo pagamento dos honorários do perito decorre da sua sucumbência, nos termos do art. 790-B da CLT. Tratando-se de sentença líquida, não se aplica o art. 879, §1º-B, da CLT, que determina a intimação das partes para apresentar o cálculo de liquidação. Na realidade, cabe à reclamada recorrente, no prazo do recurso ordinário, impugnar os valores apontados pelo perito contador para cada verba deferida, caso entenda que exista algum equívoco. Mantém-se a sentença. (TRT da 4ª Região, 4ª Turma, 0020034-90.2015.5.04.0403 RO, em 21/05/2016, Desembargador André Reverbel Fernandes).

Não há, assim, nulidade a ser declarada pela apresentação de sentença líquida. Não há violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, tampouco às normas referidas pela recorrente, entre as quais os arts. 879 da

CLT, 4º da Resolução nº 203, do TST, 9º e 10 do CPC, 5º, LIV e LV, da Constituição. A decisão de origem fica mantida, inclusive, quanto aos honorários do perito, aspecto também questionado nas razões recursais.

Ressalta-se que o valor fixado a título de honorários periciais se mostra adequado diante do trabalho realizado e proporcional aos valores praticados nesta Justiça Especializada para trabalhos equivalentes, não havendo o que modificar na decisão de origem neste ponto.

Por fim, sendo a reclamada sucumbente no objeto da perícia, à evidência, deve arcar com a integralidade do valor correspondente aos honorários do profissional que atuou no feito, consoante artigo 790-B da CLT. Nego provimento ao recurso ordinário.

LEGITIMIDADE PASSIVA

A reclamada alega ilegitimidade passiva do segundo reclamado, sócio Eduardo Hofmeister Kersting e pugna pela extinção do feito sem resolução de mérito, com base no art. 485, IV, do CPC. Invoca o art. 6º da Resolução 203, de 15/3/2016, do Tribunal Pleno do TST e alterações introduzidas na CLT pela Lei 13.467/2017, inclusive o art. 855-A. Aduz que a desconsideração da personalidade jurídica é medida extrema a ser tomada em caso de fraude ou de não haver bens para quitação do débito.

Aduz ser pessoa jurídica ilibada e diz que o limite da constrição deve corresponder ao valor da condenação.

Examino.

Diversamente do que ventila a reclamante em contrarrazões, é de ser conhecido o recurso neste ponto, por estarem atendidos todos

os pressupostos objetivos e subjetivos, incluindo interesse processual, sucumbência e utilidade na discussão; não houve trânsito em julgado de decisões sobre este tópico.

Há legitimidade passiva porque a demanda é ajuizada em face do sócio e a aferição é realizada conforme as assertivas contidas na petição inicial. Não se cogita, portanto, de extinção do feito sem resolução do mérito. A reclamatória foi ajuizada antes da entrada em vigência da Lei 13.467/2017 e todo o período da relação contratual decorreu também antes da data em que a referida legislação entrou em vigor. Não se aplicam, portanto, alterações introduzidas pela Lei 13.467/2017, inclusive o art. 855-A da CLT.

De resto, o redirecionamento da demanda em face do sócio dispensa fraude ou inexistência de bens, não se aplicando a chamada Teoria Maior, que encontra amparo, por exemplo, no art. 50 do CC, de modo que é indiferente se a reclamada é empresa ilibada. De resto, cumpre ao devedor, sendo o caso e no momento oportuno, oferecer bens de menor valor a garantir a satisfação de créditos, sendo impensável não deferir constrição alguma em razão da diferença de valor entre o que é devido e a avaliação do bem constrito.

A desconsideração da personalidade jurídica no Direito Civil segue a regra da chamada "Teoria Maior": "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

Mas na seara do Direito Trabalhista, em razão da natureza dos créditos postulados, vige a Teoria Menor, bastando a não satisfação dos valores, como ocorre no Direito do Consumidor. Não se exige o pedido da parte (ou do MP), desvio de finalidade, nem confusão patrimonial, nada disso.

Não se cogita, portanto, de ilegitimidade passiva. Provimento negado.

CUSTAS PROCESSUAIS

A reclamada insurge-se quanto ao valor das custas, pretendendo sejam calculadas sobre o valor devido exclusivamente à reclamante, apontando a quantia de R\$ 67.268,17, correspondendo assim a R\$ 1.345,36 (2% de R\$ 67.268,17), razão pela qual o valor excedente recolhido pela Reclamada deve lhe revertido.

Sem razão alguma. As custas são calculadas em 2% sobre o valor atribuído à condenação (CLT, art. 789, I), sem as deduções pleiteadas pela recorrente. Provimento negado.

VÍNCULO EMPREGATÍCIO, SALÁRIOS E ALIMENTAÇÃO

A reclamada assevera ter havido união de esforços para auferir lucro, sem relação empregatícia. Aponta confissão da reclamante na reclamatória 0021345-84.2013.5.04.0404, reconhecendo que prestou serviços externos de 30/6/2013 a 30/8/2015, com total autonomia para ausentar-se e com liberdade intelectual, atendendo clientes, definindo estratégias de atuação. Nega subordinação, salienta não ser necessário registro de ponto.

Examino.

Conforme as razões recursais, a autora laborou, de 30/6/2013 a 30/8/2015, em atividade externa, na empresa Voges; depois, de

1º/9/2015 até 15/3/2017, em cargo de confiança, como Coordenadora Civil/Empresarial. Todavia, os elementos contidos nos autos demonstram que havia trabalho pessoal da demandante, com subordinação, onerosidade, não eventualidade, restando preenchidos os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da CLT para que se reconheça o vínculo de emprego. Seja prestando serviços externos ou em dedicação exclusiva, ainda que tivesse relativa liberdade de atuação, não se verifica autonomia ou falta de subordinação.

A falta de registro de ponto não serve como prova de inexistência de fiscalização, supervisão ou subordinação, como pretende a recorrente. Ainda que a autora elaborasse peças processuais, elaborasse teses jurídicas, mantivesse contatos com clientes, é bastante claro nos autos que tais atividades laborais eram realizadas a mando do empregador, assim como visitas a clientes, donde se extrai que a direção da atuação era da reclamada, ou seja, a forma de realizar as tarefas era subordinada às ordens do empregador.

Não basta argumentar que havia liberdade para escolher o tipo de ação ou de defesa; inexistente prova consistente relativa à alegada ausência de subordinação. Ao contrário do que afirma a recorrente, está bastante claro o trabalho prestado e inexistente prova de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, de forma que não há afronta aos arts. 818 da CLT e 373 do CPC.

O fato de a autora ser advogada não leva ao entendimento de que aceitou prestar serviços de forma autônoma, sem vínculo de emprego, como ventilado nas razões recursais. O depoimento prestado por ela, dizendo ter autonomia para ir visitar clientes,

revela também que comunicava a saída, possibilitando saberem onde estava, até mesmo para outros clientes.

Destaca-se que o reconhecimento do vínculo de emprego exige a presença dos elementos de que tratam os artigos 2º e 3º da CLT. Pelo art. 2º, empregador é aquele que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

E, na forma do art. 3º, ainda da CLT, será empregado a pessoa física que prestar, de forma não eventual a empregador, serviços sob a dependência deste e mediante salário. A prova revela que a reclamante laborava com preenchimento dos requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT, ou seja, de forma pessoal, não eventual, onerosa, subordinada, atuando como advogada empregada.

A defesa sequer alegou óbices à pessoalidade, tais como a possibilidade de a trabalhadora fazer-se substituir por outrem nas atividades. A não eventualidade é evidente, pela reiteração das tarefas diárias plenamente inseridas no objetivo final da empresa que se dedica a serviços advocatícios.

A onerosidade também é óbvia, pois a defesa admite, inclusive em depoimento, que diariamente a autora recebia pagamentos. No que tange à subordinação, inexiste dúvida razoável de que a reclamada era quem dirigia a prestação dos serviços da reclamante. Por fim, o caráter forfetário dos pagamentos demonstra que os riscos da atividade econômica ficavam a cargo da ré. Bem entendido: independentemente dos resultados econômicos da atividade desenvolvida pela demandada, a remuneração da autora era satisfeita, embora pudesse sofrer variações; isso não prejudica o reconhecimento do vínculo, pois sempre era paga remuneração à

reclamante, fosse em depósitos bancários, fosse em RPAs ou em recibos comuns. Neste sentido, os documentos dos Ids. 510b746, e0ac0df, 011995f; 5e2e59d.

Ainda em relação ao valor remuneratório, não tem razão a reclamada a pretender não sejam integrados valores referentes à alimentação, no valor de trezentos reais mensais, fixado na sentença. Pelo princípio da razoabilidade e conforme sedimentado entendimento jurisprudencial, a alimentação integra-se ao salário, não sendo satisfeita para o trabalho, mas sim pelo trabalho.

Neste sentido, a Súmula 241 do TST:

O vale para refeição, fornecido por força do contrato de trabalho, tem caráter salarial, integrando a remuneração do empregado, para todos os efeitos legais.

Provimento negado.

RECURSO DA RECLAMANTE

OMISSÃO.

ABRANGÊNCIA DO PREPARO

A reclamante alega omissão na decisão que determina a realização do preparo, aduzindo não estar claro se devem ser recolhidas apenas custas ou também o depósito recursal. Examino.

Na decisão ora atacada, inexistente omissão, contradição, obscuridade ou erro material, ao determinar seja realizado o preparo, o qual por definição abrange custas processuais e depósito recursal. Ainda que a ordem se destine à parte reclamante, tendo havido condenação na reconvenção, equivalente a quarenta mil reais, deve efetuar o preparo de forma integral,

mormente por lhe ter sido negada a Justiça Gratuita, tanto pelo Juízo a quo, quanto pelo ad quem.

Ao contrário do que aduz a embargante, a decisão prolatada por este Juízo, que rejeita o pedido de Justiça Gratuita e determina a realização do preparo, enfrenta as questões pertinentes, analisando inclusive a declaração do sogro (Gildo Antônio Lazzari) quanto a haver suportado despesas de viagem à Itália.

Inexiste, portanto, omissão, quanto à necessidade de preparo, que abrange custas processuais e depósito recursal, ainda que a ordem seja destinada à reclamante.

No caso específico, não se verifica aviltamento ao art. art. 790, § 3º, da CLT, como consta expressamente na decisão ora combatida. Explicou-se, ainda, não ter havido desconsideração da declaração de pobreza, nem de comprovantes de renda juntados, mas sim a conclusão de que a reclamante tinha condições de recolher as custas processuais e o depósito recursal sem prejuízo do sustento próprio e de sua família – a referência ao depósito recursal está expressa na decisão, saliento. Não se defere, portanto, o requerido levantamento imediato do depósito recursal mediante alvará.

Em respeito aos princípios da simplicidade e da economia processual, recebem-se os embargos declaratórios como simples petição, conforme requerido pela autora. Nada há a prover.

EVOLUÇÃO SALARIAL

A autora alega ter havido equívoco na análise da prova pelo julgador, induzido a erro pelas alegações da defesa. Diz que na exordial referiu valores totais de memória, R\$ 4.500,00 em maio de 2014 e R\$ 6.000,00 ao final do contrato, sendo um salário base

mais alimentação, combustível e celular. Ao se manifestar sobre a defesa, referiu que eram R\$ 5.700,00 ao final do contrato, não R\$ 6.000,00. Destaca que não eram fornecidos contracheques e aduz ser inverídica a evolução salarial apontada pela defesa, com apenas parte dos comprovantes de pagamento, jogando ora recibos, ora RPAs, ora ambos, tentando ser beneficiada pela própria torpeza.

Examino.

O Juiz prolata sentença com base no livre convencimento motivado. Não se verifica equívoco do julgador no presente caso. A decisão está em harmonia com a prova produzida e com as normas incidentes, inclusive as relativas ao ônus da prova. Não está configurada má-fé ou torpeza das partes. Vale lembrar que o princípio da primazia da realidade, na lição clássica do jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez, não decorre do princípio da proteção. Daí porque o exame da prova é efetuado sem que nenhuma das partes posicione-se vantajosamente em relação à outra.

Ainda que o preposto tenha admitido a realização de pagamentos informais, outros mediante RPAs, ou que uma testemunha tenha referido recebimento de honorários sem RPAs, isso não torna as alegações da reclamante absolutamente verdadeiras, nem irrefutável sua versão dos fatos. Os exemplos enumerados tampouco são suficientes.

Os elementos contidos nos autos não autorizam a conclusão de que o salário inicial era de R\$ 2.777,83 ou até mais, tendo em vista o valor pago pelos nove primeiros dias do contrato e pagamentos não indicados em recibos. Exatamente como foi

decidido na origem, a natureza das atividades da reclamante enseja o entendimento de que não há rigorosamente repetição mensal de valores pagos, mas sim variações, nem sempre registradas em documentos homogêneos, recibos, RPAs, admitindo-se variação tanto de quantias pagas quanto no respectivo registro.

Disso decorre que se tolera discrepância entre a RPA relativa a maio de 2014, no valor de R\$ 3.072,96 e a declaração da reclamada, apontando valor de R\$ 4.521,09. Bem entendido, admite-se tenha havido pagamentos que não constam nas RPAs, em recibos ou ainda feitos informalmente, diante da natureza das atividades realizadas e da forma de recebimento de valores de clientes e de pagamentos diversificada.

Não se pode afirmar, portando, que o salário da autora fosse, exemplificativamente, de quatro mil reais durante o ano de 2013, abrangendo R\$ 3.500,00 de salário base mais R\$ 500,00 a título de alimentação, tampouco que em 2015 auferisse mensalmente quatro mil e quinhentos reais fixos mais seiscentos reais a título de alimentação.

Os elementos contidos nos autos não amparam esta tese de forma suficiente, por isso, não se afigura fraudulenta a referência ao pagamento de três mil e quinhentos reais em fevereiro de 2015. Não se presume, ainda, que a autora auferisse salário fixo de cinco mil reais desde o início de 2016, mais setecentos reais a título de alimentação, combustível e telefone. Como se tratou de expor, a decisão de origem harmoniza-se com o panorama fático probatório e com as respectivas normas, inclusive as pertinentes ao ônus da prova.

Provimento negado.

INTEGRAÇÃO DE PARCELAS

A demandante não se conforma com a rejeição do pedido de integração de valores pagos a título de alimentação, combustível e telefone celular ao salário. Reconhece que a sentença deferiu a integração de

valores relativos à alimentação em parte do período contratual.

Examino.

A relação contratual divide-se em três períodos diferentes: de 19/02/2013 a 29/06/2013, na sede da reclamada; de 30/06/2013 a 30/09/2015 no estabelecimento da empresa cliente Voges; de 1º/10/2015 a 15/3/2017, novamente na sede da reclamada.

Os valores cuja integração é postulada concernem a combustível, celular e alimentação. O combustível não se confunde com remuneração, pois a autora admite em depoimento que usava o próprio carro para visitar clientes. Tinha direito a abastecer uma vez por mês e cobrar este valor do escritório de advocacia; evidentemente, o valor era indenizado para reembolso de valores despendidos para o trabalho, não se confundindo com verbas remuneratórias. Ainda que a recorrente mencione o

consumo de um Ford KA 1.0, possibilitando percorrer 480km, não se pode presumir que um único abastecimento por mês, em automóvel que admite ter usado para visitar clientes, tenha tido por finalidade a remuneração do trabalhador, e não o ressarcimento de valores gastos no desempenho de suas atividades laborais.

Quanto a despesas de telefone celular, verifica-se que uma testemunha admite ter usado o próprio celular e recebido reembolso das despesas durante curto período, depois passando a utilizar o aparelho fornecido pelo escritório. Entende-se suficientemente demonstrado que o pagamento, quando efetuado, deu-se a título de restituição de gastos efetuados, não se confundindo com verbas de natureza remuneratória.

Por fim, quanto à alimentação, não se verifica manipulação de documentos pela defesa, como ventilado nas razões recursais. De resto, os elementos contidos nos autos somente demonstram ter havido pagamentos a partir de setembro de 2015. A simples alegação da reclamante, em depoimento pessoal, quanto a receber quatrocentos e quarenta reais de alimentação mensal, não condiz com o alegado na inicial nem com nenhum elemento de prova. Os recibos juntados pela defesa não podem ser presumidos fraudulentos, por falta de prova consistente em sentido contrário. O Juízo de origem traz, ainda, critério de razoabilidade e parâmetro de experiência comum, referindo prova colhida em processo distinto

(0020117-41.2017.5.04.0402), no qual verificou que a reclamada pagava o almoço, mediante convênio com o restaurante onde custa quinze reais. Este elemento de prova condiz com os diversos recibos acostados pela defesa, indicando trezentos reais mensais.

Embora a reclamante afirme ser empregada diferenciada, não há prova robusta de que recebia valores de alimentação em dinheiro durante o período laborado na sede da cliente Voges. Não há recibos nem prova oral ou outro elemento indicativo de pagamento de tais valores antes de setembro de 2015, nem de

valores superiores a trezentos reais. A mera referência a tal benefício em proveito de outros trabalhadores (que não atuaram na sede da cliente, como a reclamante) ou a previsão para empregados do escritório, não altera a conclusão de que somente a partir de setembro foi pago o valor relativo à alimentação, na quantia mensal de trezentos reais.

Provimento negado.

RECURSO DA RECLAMADA.

EXTINÇÃO DO CONTRATO E RESCISÓRIAS

Reconhecido o vínculo de emprego, a reclamada afirma que a autora busca obter vantagem ilícita, pois recebeu verbas rescisórias. Argumenta que a extinção do contrato se deu por comum acordo e busca seja excluída a condenação relativa a 40% do FGTS, saldo de salário, aviso-prévio proporcional e seguro desemprego. Aduz que o FGTS deve ser depositado, não pago diretamente ao trabalhador. Defende ser inaplicável a multa do art. 477 da CLT, porque pagou as verbas devidas na extinção do contrato.

Sem razão.

Pelo princípio da continuidade da relação empregatícia, exige-se prova consistente de que tenha havido iniciativa do empregado para extinção do contrato ou, como afirma a recorrente, de rescisão contratual mediante ajuste entre ambas as partes. Não havendo comprovação robusta, entende-se que a extinção do contrato ocorreu por iniciativa do empregador, sendo devidas as verbas deferidas na sentença, inclusive o aviso-prévio, seguro

desemprego, saldo de salário e indenização compensatória de 40% sobre o FGTS.

Quanto a este, embora esteja legalmente prevista obrigação de fazer (realizar depósitos na conta vinculada ao FGTS do trabalhador) é permitido ao julgador, quando não há cumprimento, de converter a obrigação de fazer em obrigação de pagar a quantia à parte credora. Não há, portanto, a alegada vantagem ilícita; de resto, a reclamante foi condenada na reconvenção, por ter postulado estes pagamentos sem ressalvar as quantias já recebidas.

Quanto à multa do art. 477 da CLT, entende-se devida porque não houve pagamento correto, oportuno, integral, nos termos da legislação, em relação aos valores rescisórios.

Nego provimento.

FÉRIAS

Reconhecido o vínculo de emprego, a reclamada aduz que não há falar no pagamento em dobro dos períodos de férias de 2013/2014 e 2014/2015, porque foram gozadas, como apontam documentos juntados aos autos; aduz ser óbvia a concessão de férias nos períodos de inverno e de verão nos anos de 2015, 2016 e 2017. Menciona que em depoimento ela própria reconhece que o escritório fechava no final de ano por duas semanas, tendo férias além de alguns feriados durante o ano, salvo no último ano. Refere que neste último ano há fotografias nas quais ela aparece na praia (Porto Belo, em Santa Catarina).

Menciona o depoimento da testemunha Crislaine Baggio, também referindo férias de quinze dias duas vezes por ano. Pede seja a

condenação limitada a valores extrafolha, porque a reclamante confessa haver recebido pagamento de trinta dias por ano.

Examino.

Ainda que houvessem sido gozadas alguns dias de férias, como alegado nas razões recursais, indicando prova documental (fotografias) e oral (depoimento de Crislaine), não há prova quanto ao respectivo pagamento dois dias antes, no prazo legal, com o acréscimo constitucional de 1/3, comunicação prévia e demais requisitos legais.

Não há elementos indicando o cumprimento da legislação aplicável, como por exemplo, dos arts. 135 e 145 da CLT:

"Art. 135 - A concessão das férias será participada, por escrito, ao empregado, com antecedência de, no mínimo, 30 (trinta) dias. Dessa participação o interessado dará recibo. (...) art. 145 - O pagamento da remuneração das férias e, se for o caso, o do abono referido no art. 143 serão efetuados até 2 (dois) dias antes do início do respectivo período."

Assim, com base no art. 137 da CLT, é devido em dobro o pagamento das férias. Neste sentido, a Súmula

450 do TST:

"FÉRIAS. GOZO NA ÉPOCA PRÓPRIA. PAGAMENTO FORA DO PRAZO. DOBRA DEVIDA. ARTS. 137 E 145 DA CLT. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 386 da SBDI-1) - Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014. É devido o pagamento em dobro da remuneração de férias, incluído o terço constitucional, com base no art. 137 da CLT, quando, ainda que

gozadas na época própria, o empregador tenha descumprido o prazo previsto no art. 145 do mesmo diploma legal."

Portanto, mesmo que tenha ocorrido o gozo das férias na época própria, como alega a recorrente, o descumprimento da respectiva legislação, quanto ao terço constitucional e demais requisitos, enseja o pagamento em dobro.

Provimento negado.

RECURSOS ORDINÁRIOS DA RECLAMANTE E DA RECLAMADA.

MATÉRIA COMUM.

HORAS EXTRAS

A reclamante não se conforma com o reconhecimento do regime de dedicação exclusiva; alega afronta aos arts. 20 da Lei 8.906/94 e 12 do respectivo Regulamento, salientando que inexistente previsão contratual expressa e não se admite ajuste verbal. Busca a reforma da sentença e o pagamento de horas extras a partir da 4ª diária e da 20ª semanal, com adicional de 100% e divisor 100. Pede pronunciamento expresso de que não consta nos autos acordo escrito prevendo exclusividade na prestação dos serviços e há prova nos autos do patrocínio de processos particulares, conforme Id. bf94757 e seguintes, a fim de possibilitar posterior interposição de Recurso de Revista.

Não se conforma, ainda, com o cômputo de horas extras apenas a partir do limite semanal, pede o pagamento de trinta minutos por dia, quando trabalhava 8h30min, de 3 horas extras por dia quando trabalhava 11 horas, e de 2 horas extras quando trabalhava 10 horas por dia.

Salienta que nenhuma compensação de jornada foi acordada expressamente, como indica a Súmula 85, I, do TST. Argumenta que, na pior das hipóteses, invalidado o regime, deveria haver condenação ao pagamento do adicional legal sobre as horas excedentes de 8 diárias e inferiores a 44 semanais, nos termos da Súmula 85, III do TST.

A autora não se conforma com a sentença que determina o pagamento dos minutos faltantes para completar o intervalo intrajornada. Invoca a Súmula 63 deste Regional. Aduz que conforme a prova oral e seu próprio depoimento, havia concessão de intervalos a menor em três dias da semana, considerando o princípio do in dubio pro operário. Diz que eram vinte minutos de intervalo três vezes por semana ao longo de todo o contrato, mesmo nos meses em que laborou no escritório da reclamada. Pede o pagamento, como extras, das horas laboradas durante os intervalos.

A reclamada insurge-se contra a condenação. Nega o vínculo de emprego, alega atividades externas em parte do período e cargo de gestão no período restante.

Examino.

O limite de duração das jornadas laborais é uma das maiores conquistas da classe trabalhadora ao longo da história. As exceções à regra geral exigem prova suficiente do enquadramento, sob pena de restar violada a proteção, relativa a normas de higiene, saúde e segurança do trabalhador.

A falta de registro de horário pelo empregador e o exercício de atividade externa não são suficientes para configuração da

exceção, porque se exige a efetiva impossibilidade de o trabalho ser controlado pelo empregador, ou seja, a incompatibilidade da atividade com a fixação de horário. E para o exame desta caracterização, utiliza-se o princípio da primazia da realidade, analisando-se a incompatibilidade do trabalho prestado com a fixação de horário e se houve ou não a fiscalização do empregador.

Não se verifica, no presente feito, nenhuma exceção comprovada à regra geral contida no art. 74, § 2º, da CLT, segundo a qual cabe ao empregador manter o controle dos horários cumpridos pelos trabalhadores. Inexiste prova de que fossem menos de dez empregados no estabelecimento, nem do exercício de atividades incompatíveis com o controle de horários, ou de exercício de cargo de gestão, exceções previstas no art. 62 da CLT.

Reputam-se verdadeiras as jornadas fixadas na sentença, exceto no tocante aos intervalos diários para repouso alimentação do período de 30/6/2013 a 30/8/2015, nos termos do voto divergente que prevalece na Turma.

Em atenção às razões recursais da parte autora, é importante ressaltar que o próprio depoimento da parte não constitui prova suficiente quanto à duração de intervalos, por falta de isenção de ânimo. A prova oral é insuficiente para afastar a veracidade das referidas jornadas, que se harmonizam com os elementos contidos no feito; o princípio do não opera no exame de provas, mas apenas 'in dubio pro operario' quando há possibilidade de mais de uma interpretação de texto legal.

Assim, somente cabe utilizar esta regra quando existe uma norma e unicamente para determinar-lhe o sentido, entre os vários possíveis.

Assim, mantenho a sentença que reputa devidas horas extras à reclamante, tendo em vista que era empregada da ré, a qual não efetuava o controle de jornadas, como exige a regra contida no art. 74, § 2º, da CLT. É possível o controle de horários da autora, mesmo atuando em outro local, seja pela internet, seja por telefone. Em relação às jornadas fixadas na sentença, entendem-se compatíveis com todos os elementos contidos nos autos, inclusive quanto ao volume de trabalho e aos horários de encerramento às 19h30min, no estabelecimento da empresa Voges. Não basta declaração formal do grupo Voges

indicando horários diferentes, pois tal meio de prova não se presta para jornadas.

De resto a testemunha refere saídas às 20h, o que dá veracidade ao alegado pela demandante, de que saía às 19h30min. Não há afronta, portanto, aos arts. 62, I, da CLT, 7º, XVI, da Constituição e 58, § 3º, da CLT.

De resto, tampouco há prova consistente do alegado cargo de gestão, na medida em que a reclamante não tinha, comprovadamente, poderes para representar a empresa, decidir sobre rumos do empreendimento, enfim, gerir o negócio da ré. A prova oral indica apenas entrevistas com candidatos, sugestões de contratações ou de despedimentos, mas não que decidisse sozinha ou conduzisse o escritório. De resto, atividades de monitorar prazos, advertir eventualmente advogados, solicitar a emissão de

cartões de visitas não demonstra que desempenhasse cargo de gestão.

As insurgências da reclamada não prosperam, portanto, na medida em que a situação fática não autoriza

as exceções. As jornadas fixadas, os elementos de prova e a situação fática deles extraída demonstram que a autora laborava efetivamente em regime de dedicação exclusiva, de forma que não se aplicam os limites de jornada previstos no art. 20 do Estatuto da OAB. As próprias declarações da reclamante indicam jornadas extensas, grau elevado de comprometimento e não há indicativos de atividades laborais distintas. Quanto a alegações de outros processos, tem-se que são notoriamente poucos e praticamente todos envolvendo pessoas da família da demandante, razão pela qual não se prestam para afastar a conclusão relativa ao regime de dedicação exclusiva.

Ainda que não conste nos autos acordo escrito prevendo exclusividade na prestação dos serviços e haja indicativo de atuação em processos particulares (Id. bf94757 e seguintes), o contexto probatório autoriza a conclusão do Juízo de origem, que reconhece o regime de dedicação exclusiva e afasta os limites pretendidos pela demandante com base no art. 20 do Estatuto da OAB e no art. 12 do respectivo Regulamento, ainda que não haja prova documental de tal ajuste.

Superados tais aspectos, destaca-se a carga horária fixada na sentença: de 19/02/2013 até 29/6/2013 de segunda a sexta-feira das 8h30 às 12h e das 13h30 às 18h30; de 30/6/2013 a 30/8/2015, segunda e quarta feira, das 8h às 19h30, com 30 minutos de intervalo para descanso e alimentação; terça, quinta e sexta feira,

das 8h às 19h, com 1 hora de intervalo; de 1º/9/2015 a 15/3/2017 de segunda a sexta-feira, das 8h30 às 12h e das 13h às 18h. Não prevalecem os intervalos fixados quanto ao período de 30/6/2013 a 30/8 /2015, conforme voto majoritário da Turma.

Não se pode presumir ajuste tácito de compensação semanal, diferentemente do que foi decidido na origem. Assim sendo, reforma-se a sentença, para substituir a condenação contida na sentença, de pagamento de horas extras a partir da 44ª hora semanal, pela condenação o pagamento de horas extras, a partir da oitava diária, ao longo de todo o contrato, com os critérios fixados no item 4 da sentença, inclusive quanto ao adicional legal de 100%, divisor 220, base de cálculo conforme a Súmula 264 do TST, reflexos em repousos semanais e feriados, férias acrescidas de 1/3, gratificações natalinas, aviso prévio e FGTS com 40%.

Recurso ordinário do reclamante a que se dá provimento parcial.

Dá-se parcial provimento ao recurso ordinário da parte demandada para absolvê-la da condenação ao pagamento de horas extras e reflexos decorrentes da não fruição dos períodos mínimos de intervalos diários para repouso e alimentação (art. 71 da CLT) no período de 30/6/2013 a 30/8/2015.

RECURSO DA RECLAMANTE.

MATÉRIA REMANESCENTE.

INTERVALO DO ARTIGO 384 DA CLT

A parte demandante requer o acréscimo à condenação do pagamento dos intervalos do art. 384 da CLT.

Examino.

Conforme exposto em item precedente relativo às horas extras, serão pagas horas extras a partir da oitava diária ao longo de todo o contrato.

Por consequência, reforma-se a sentença quanto à rejeição do pedido relativo aos intervalos previstos no art. 384 da CLT, regra recepcionada pela Constituição, sendo aplicável à mulher, observado, em caso de descumprimento, o previsto no art. 71, § 4º, da CLT. Neste sentido, adota-se o entendimento contido na Súmula 65 desta Corte.

Súmula nº 65 - INTERVALO DO ART. 384 DA CLT. A regra do art. 384 da CLT foi recepcionada pela Constituição, sendo aplicável à mulher, observado, em caso de descumprimento, o previsto no art. 71, § 4º, da CLT.

Dá-se parcial provimento ao recurso ordinário da parte autora para acrescer à condenação o pagamento dos intervalos de quinze minutos, previstos no art. 384 da CLT, sempre que houve prestação de horas extras, a partir da oitava, ao longo de todo o período contratual, com o adicional de 50%, divisor 220, base de cálculo conforme a Súmula 264 do TST e reflexos em repousos semanais e feriados, férias acrescidas de 1/3, gratificações natalinas, aviso-prévio e FGTS com 40%.

RECONVENÇÃO.

A insurgência da reclamante quanto à procedência da reconvenção embasa-se, primeiro na inaplicabilidade do art. 940 do Código Civil. Salienta que não houve má-fé, invoca decisões desta Corte e do E. TST. Aduz não haver identidade entre o pedido feito e os valores recebidos. Pede a redução dos honorários para 5% do valor da condenação.

Examino.

Entendo que a penalidade prevista pelo artigo 940 do Código Civil é inaplicável ao âmbito do processo trabalhista. Adoto, a respeito, o entendimento manifestado na decisão assim ementada:

ART. 940 DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. O artigo 940 do Código Civil, que prevê a condenação daquele que demanda por dívida já paga ao pagamento de indenização em valor correspondente ao dobro da importância exigida, é inaplicável ao Direito do Trabalho, porque incompatível com o princípio da proteção ao trabalhador hipossuficiente. Entendimento do Tribunal Superior do Trabalho que se adota, absolvendo o trabalhador da multa de R\$ 10.000,00, a que condenado. (TRT da 4ª Região, 7ª Turma, 0020358-56.2017.5.04.0841 RO, em 19/10 /2018, Desembargador Joao Pedro Silvestrin)

De resto, tendo em vista que a reclamada discutia o vínculo de emprego, o pagamento das parcelas rescisórias era matéria de defesa. A falta de informação, pela reclamante, de recebimento de quantias quando da ruptura do contrato não traduz má-fé. Como se viu, não foram nominadas pela demandada verbas próprias da ruptura do contrato de trabalho, mas sim indenizações pelo desligamento do escritório de advocacia. Assim, a despeito de se reconhecer aos montantes pagos pela reclamada e às verbas rescisórias o mesmo objetivo, não se evidencia a intenção da reclamante de demandar dívida já paga.

Dou provimento ao recurso para absolver a reclamante da condenação ao pagamento de R\$ 40.000,00, acrescido de atualização monetária, ditada em reconvenção. Por consequência,

revertem-se à reclamada- reconvinte o ônus de pagamento das custas, calculadas sobre o valor dado à reconvenção.

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS.

A reclamante não se conforma com a condenação relativa ao pagamento de R\$ 9.000,00 a título de honorários sucumbenciais. Defende não ser aplicável o art. 791-A da CLT, pois a reclamatória foi ajuizada em 07/11/2017, antes da vigência da Lei 13.467/2017. Aduz que a despeito da procedência da grande maioria dos pedidos, a ré foi condenada a pagar honorários fixados em R\$ 10.171,87, 10% do total bruto da condenação, desproporcionais em relação aos honorários devidos pela reclamante, fixados em R\$ 9.000,00.

Examino.

Diversamente do que aduz a recorrente, a reconvenção foi proposta durante o período de vigência da Lei 13.467/2017, assim, é aplicável o art. 791-A da CLT, em sua atual redação. Todavia, diante do decidido no item anterior, não persiste sucumbência da reclamante na reconvenção a ensejar sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios à parte adversa.

Dou provimento ao recurso para absolver a reclamante da condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

CÁLCULOS DE LIQUIDAÇÃO

A demandante recorre, ainda, quanto aos critérios de cálculos, dizendo que somente foram corrigidos valores de FGTS, não os juros de 1% ao mês, desde o ajuizamento da ação; pede a reforma

da sentença e a respectiva retificação nos cálculos, neste particular.

Com razão.

Os cálculos elaborados, embora considerem os juros inerentes à atualização monetária (JAM) do FGTS não recolhido na época própria, não fazem incidir sobre a dívida os juros moratórios, computáveis a partir do ajuizamento da ação, com base no art. 883 da CLT.

Dou provimento ao recurso para determinar que, sobre os valores devidos a título de FGTS, devidamente atualizados, incidam juros de mora a partir do ajuizamento da ação.

RECURSO DA RECLAMADA.

MATÉRIA REMANESCENTE.

MÁ-FÉ.

A recorrente busca seja aplicada multa por litigância de má-fé. Alega que a autora pediu valores rescisórios dizendo ter sido desligada de forma desamparada, apesar de os haver recebido anteriormente.

Aponta manipulação de informações, narrativas com falta de verdade, e pugna pela incidência do art. 80 do CPC. Acrescenta, no item 2.8 da manifestação sobre os embargos declaratórios opostos na origem, que a autora age de má-fé ao manifestar inconformidade com a decisão valendo-se de meio inadequado.

Examino.

Não se observa nenhuma hipótese descrita no art. 80 do CPC, como caracterizadora da má-fé: dedução de defesa ou pretensão

contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; alteração da verdade dos fatos; uso do processo para atingir objetivo ilegal; oposição de resistência injustificada ao andamento do processo; atuação de modo temerário nos incidentes do processo; provocação de incidentes infundados; e interposição de recurso manifestamente protelatório.

A autora relata fatos de acordo com o que entende lhe ser de direito, exercendo o direito garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição, de acesso à Justiça. Ademais, não se evidencia manipulação de informações, inverdades ou atuação de modo temerário, cabendo ressaltar que tal conduta não se evidencia pela cobrança de parcelas rescisórias, tal como decidido em reconvenção.

Em relação aos embargos declaratórios, viu-se que de fato havia vícios na sentença, a serem sanados, de modo que a oposição tinha fundamento consistente.

Provimento negado.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

A ação foi ajuizada anteriormente ao início da vigência da Lei 13.467/2017, que introduziu na CLT o artigo 791-A, da CLT, no qual se fundamenta a condenação lançada pela sentença. Assim, não é aplicável ao caso em exame a norma que dispõe sobre o pagamento de honorários sucumbenciais à parte vencedora.

Nesse sentido, é a conclusão dos Magistrados do Trabalho da 4ª Região na I Jornada sobre a Reforma Trabalhista:

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM CURSO. Em razão da natureza híbrida

das normas que regem honorários advocatícios (material e processual), a condenação à verba sucumbencial só poderá ser imposta nos processos iniciados após a entrada em vigor da lei 13.467/2017, tendo em vista a garantia de não surpresa, bem como em razão do princípio da causalidade, uma vez que a expectativa de custos e riscos é aferida no momento da propositura da ação.

Também assim é o enunciado nº 98, aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho

promovida pela ANAMATRA:

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. Inaplicabilidade aos processos em curso em razão da natureza híbrida das normas que regem honorários advocatícios (material e processual), a condenação à verba sucumbencial só poderá ser imposta nos processos iniciados após a entrada em vigor da lei 13.467/2017, haja vista a garantia de não surpresa, bem como em razão do princípio da causalidade, uma vez que a expectativa de custos e riscos é aferida no momento da propositura da ação.

Cabe observar que, em se tratando de contrato de trabalho que vigorou integralmente em período anterior à Lei nº 13.467/2017, não se aplicam as alterações de direito material por ela introduzidas, a teor do que dispõe o art. 5º, XXXVI, da CF.

Quanto a honorários assistenciais, a Resolução Administrativa nº 31/2017, disponibilizada no DEJT dos dias 26, 27 e 28.09.2017, considerada publicada nos dias 27, 28 e 29.09.2017, cancelou a Súmula nº 61 deste Regional, que assim dispunha:

Súmula nº 61 - HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS. Atendidos os requisitos da Lei 1.060/50, são devidos os honorários de

assistência judiciária gratuita, ainda que o advogado da parte não esteja credenciado pelo sindicato representante da categoria profissional.

Sendo assim, reformulando posicionamento anterior, passo a adotar, por razões de disciplina judiciária, o entendimento consubstanciado nas Súmulas 219 e 329 do TST, :
verbis

SUM-219 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (art. 14, § 1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305 da SBDI-I).

II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

IV - Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários

advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).

V - Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).

VI - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.

SUM-329 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) - Res. 121 /2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho. No caso em exame, a parte reclamante não está assistida por advogado credenciado pelo sindicato de sua categoria profissional. Assim, não faz jus aos honorários pleiteados.

Dou provimento ao recurso da reclamada para absolvê-la da condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS

Diferentemente do que aduz a reclamada, está justificada a expedição de ofícios determinada no item 12 da sentença, porque demonstrados fatos graves, incluindo admissão de empregados

como se fossem autônomos, ao arrepio da legislação trabalhista, fiscal e previdenciária, inclusive configurando, em tese, crime contra a ordem tributária, como apontado no item 12, "b", da sentença.

Assim, mantenho o decidido, quanto à expedição de ofícios para a Receita Federal e para o Ministério Público Federal. Não há razão, de outro lado, para investigação da reclamante, como pretende a recorrente, na medida em que não é autora de conduta que acarrete a instauração de procedimentos investigativos ou necessite ser comunicada aos órgãos competentes.

Provimento negado.

CÁLCULOS E HONORÁRIOS PERICIAIS.

A reclamada insurge-se contra a nomeação de perito contábil e em relação aos mil e trezentos reais dos respectivos honorários.

Examino.

Conforme já se tratou de expor, não há ofensa ao art. 879, § 1º-B, da CLT. O valor fixado na origem é consentâneo com os honorários periciais comumente observados nesta Justiça Especializada, e adequado ao zelo do profissional, complexidade do trabalho realizado, natureza da demanda, e tempo despendido para elaboração das planilhas.

Em relação aos cálculos, contudo, tem razão a reclamada quando assevera incorreta a apuração das proporcionalidades de férias e 13º salários. Considerada a despedida em 15-03-2017 e os 42 dias de aviso prévio, o término do contrato de trabalho projetou-se a

26-04-2017, sendo devidos 4/12 de 13º salário e, tendo em vista o novo período aquisitivo iniciado em 19-02-2017, 2/12 de férias.

Em relação às férias, a sentença defere a dobra dos períodos 2013/2014 e 2014/2015 e o respectivo terço constitucional. Isso não foi observado pelo cálculo, pois acrescido o terço em duplicidade, ou seja, ao valor de R\$ 5.000,00 relativo à dobra das férias, foram acrescidos de forma dobrada o valor de R\$ 1.666,66 relativo ao terço, resultando o débito em R\$ 8.333,32, e não nos R\$ 6.666,66 devidos.

Em relação aos juros de mora incidente sobre as contribuições previdenciárias, foi adotado o critério legal, o que prescinde de determinação expressa. Nada há a reparar no aspecto.

Dou provimento parcial ao recurso para determinar a retificação dos cálculos em relação às férias proporcionais, ao 13º salário proporcional e ao terço constitucional incidente sobre as férias 2013/2014 e 2014/2015.

ATUALIZAÇÃO DE PARCELAS

A recorrente não concorda com a atualização monetária pela TR até 25/3/2015 e pelo IPCA-E a partir de 26/03/2015; pede aplicação da Lei 13.467/17 e dos arts. 879, § 7º, e 912 da CLT. Refere decisão do STF, de lavra do Ministro Dias Toffoli, na Rcl. 24.445. Defende a atualização monetária pela TR, apontando afronta ao art. 39 da Lei 8177/91 e à Resolução no.008/2005 do CNJ, bem como aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, art. 5º, LIV e LV da Constituição.

Alternativamente, pede aplicação do FACDT até 25/3/2015, IPCA-E de 26/3/2015 até 10/11/2017 e novamente TR após 10/11/2017, pelo § 7º do art. 897 da CLT.

Examino.

Inicialmente destaco que a previsão contida no § 7º do art. 879 da CLT, incluída pela Lei 13.467/2017, no sentido de determinar a adoção da TR como critério de atualização dos créditos trabalhistas, não afasta sua inconstitucionalidade já reconhecida em controle difuso pelo plenário do Eg. TST e do próprio TRT-4 quando do exame do art. 39 da Lei 8.177/91.

Sobre a referida inconstitucionalidade, acompanho, por razões de política judiciária, uniformidade, e segurança jurídica, os fundamentos proferidos no acórdão nº 0000001-23.2017.5.04.0302, da Seção Especializada em Execução deste Tribunal Regional, abaixo transcrito, que adota a mesma modulação dos efeitos estipulada pelo STF, em casos análogos, com a aplicação da TR até 25/3/2015, e do IPCA-E, após essa data.

Em observância aos princípios da segurança jurídica e da economia processual, esta Seção Especializada passa a observar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs nº 4357 e nº 4425, quanto à atualização monetária dos débitos trabalhistas, tal como vem fazendo o Tribunal Superior do Trabalho, a exemplo da decisão proferida no processo TST-ED-ARgInc-479-60.2011.5.04.0231.

Assim, o critério de correção monetária que passa a ser adotado para os débitos trabalhistas constituídos por pessoas jurídicas de direito privado é a TR/FACDT, até 25.03.2015, e o IPCA-E, a

partir de 26.03.2015, conforme consta na decisão de modulação dos efeitos do julgamento das ADIs antes mencionadas, : verbis [...] RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. IN Nº40 DO C. TST. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DOS DÉBITOS TRABALHISTAS. ÍNDICE APLICÁVEL. O Tribunal Pleno desta Corte, em sessão realizada em 20/03 /2017, esclareceu que o acórdão proferido nos autos do ArgInc-479-60.2011.5.04.0231 decorreu da utilização da ratio decidendi contida na decisão proferida pelo STF, nos autos da ADI 4.357, quanto à atualização monetária pela TR, não tendo havido usurpação de competência do Poder Legislativo ou do próprio STF, em relação à declaração de inconstitucionalidade por arrastamento. Destacou-se que, naqueles autos, a Suprema Corte evidenciou a inconstitucionalidade do art. 39 da Lei nº 8.1777/91, ao afirmar que "a utilização da TR não corresponde à desvalorização da moeda" e que representaria "afrenta à garantia da coisa julgada e à separação dos Poderes, porque de nada adiantaria o direito reconhecido pelo Judiciário ser corretamente atualizado, até a data da expedição do precatório, se sofrer depreciação até o efetivo pagamento", bem como sinalizou pela adoção do IPCA-E, índice que, inclusive, vem aplicando em julgados posteriores à decisão da ADI 4.357 e da liminar concedida nos autos da Reclamação 22.2012/RS. Ressaltou-se que esta Corte, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, apenas adotou os fundamentos da Suprema Corte, em face da identidade da questão jurídica debatida. Decidiu-se, no entanto, que, em face da aludida liminar, fosse excluída a determinação contida no v. acórdão embargado em relação à reedição da Tabela Única de cálculo de débitos trabalhistas, a fim de que fosse adotado o índice questionado

(IPCA-E), bem como fosse adotada, para efeito de modulação, a data de 25/03/2015, conforme referido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 4357 QO/DF. Assim, em face dessa modulação, impõe-se a reforma do v. acórdão regional. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. (ARR - 2427893.2015.5.24.0051, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 0504-2017, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11-04-2017) (Grifa-se.) (TRT da 4ª Região, Seção Especializada em Execução, 0000001-23.2017.5.04.0302 AP, em 10/08 /2017, Desembargadora Cleusa Regina Halfen)

Tendo em vista que o contrato de trabalho vigorou de 16/8/2013 até 04/11/2015, a atualização monetária dos créditos trabalhistas reconhecidos em favor do reclamante deve observar a TR/FACDT até 25/3

/2015, e o IPCA-E a partir de 26/3/2015, como foi expressamente determinado na sentença.

Provimento negado.

INDISPONIBILIDADE DE BENS DO SÓCIO

A recorrente não se conforma com a responsabilidade subsidiária do sócio Eduardo Hofmeister Kersting, defendendo ser abusiva a decisão, pois a reclamada é ativa e possui patrimônio disponível. Refere que a pessoa jurídica não se confunde com a dos sócios. Invoca decisões jurisprudenciais. Assevera que não há pedido de constrição e pede sejam tomadas medidas somente em execução, após esgotadas tentativas de cobrança da primeira reclamada.

Examino.

Conforme se adiantou no item 1.4 desta decisão, está justificada a inclusão do sócio no polo passivo, assim como a responsabilização subsidiária, medidas constritivas logo após a prolação da sentença líquida. A prestação jurisdicional somente se completa com a entrega dos créditos ao reclamante, de modo que se admitem medidas legalmente previstas para garantir o sucesso da execução. Não se exige, no processo trabalhista, abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade, confusão patrimonial, nem requerimento expresso da parte demandante.

Basta ao Juízo ter presente a necessidade da medida constritiva para garantir a execução, mormente sendo direcionada a demanda, já na fase de conhecimento, não só ao escritório de advocacia como também ao sócio proprietário, tendo em vista que se evidencia a probabilidade muito maior de sucesso no alcance de valores decorrentes da condenação.

Desta forma, se não houver êxito na execução trabalhista, caberá ao Juízo redirecioná-la aos sócios, avançando sobre o patrimônio destes, para buscar a efetiva prestação jurisdicional, alcançando o bem da vida ao autor. A teoria da *disregard of legal entity* jurisprudência nacional.

Desconsidera-se a personalidade jurídica, e os sócios arcam com os efeitos executórios pendentes sobre a empresa, pouco importando se esse desvelamento ocorrer apenas durante a fase executória do feito, pois a pessoa jurídica da executada, que constou no polo passivo da demanda, era evidentemente composta por sócios desde o início da ação trabalhista, que, aliás, foram beneficiários da força de trabalho do empregado.

Provimento negado.

ANA LUIZA HEINECK KRUSE, Relatora.

DEMAIS VOTOS

DESEMBARGADOR ANDRÉ REVERBEL FERNANDES:

HORAS EXTRAS

Acompanho o voto divergente.

RECONVENÇÃO

Acompanho o voto da Exma. Relatora.

DESEMBARGADOR GEORGE ACHUTTI:

RECURSOS DA RECLAMANTE E DA RECLAMADA (matéria comum)

HORAS EXTRAS

Peço vênia para divergir, em parte, do voto condutor. O faço em relação e por consequência da longa jornada arbitrada para o período de 30.6.2013 a 30.8.2015 (segunda e quarta-feira, das 08h às 19h30, com 30min de intervalo) -, com a qual concordo, tendo em vista o depoimento da testemunha Solange Aparecida Barros dos Santos (ID716e064 - Pág. 3),

quando afirma que "... a depoente iniciava a jornada às 18h15 e encerrava às 03h13; que 2 vezes por semana, entre 19h30 e 20h00 a depoente fazia a limpeza do local em que a reclamante trabalhava e a reclamante sempre estava trabalhando nas ocasiões;

...

Pelo que entendo inafastável, com nova vênia, em termos de , por o contrário contrariar o senso comum, que tenham ocorrido verossimilhança intervalos para descanso e refeições de, no mínimo, 60min diários, o que é assim ante fato arbitrado notório

de que tanto resta absolutamente indisponível à própria higidez do empregado. O que também

decorre do , informador do Direito do Trabalho, notadamente em se tratando a princípio da razoabilidade

reclamante de profissional do direito, tendo tido reconhecido existente o vínculo de emprego como

advogada.

Assim, dou provimento ao recurso da reclamada para arbitrar os intervalos como tendo sido de 60min por dia laborado também no período de 30.6.2013 a 30.8.2015, nas segundas e quartas-feiras. Como consequência, não subsiste a condenação ao pagamento dos períodos de intervalo intrajornada, alegadamente suprimidos, com seus reflexos.

RECURSO DA RECLAMANTE (matéria remanescente)

RECONVENÇÃO

Manifesto minha divergência quanto ao voto condutor também neste aspecto. E o faço, com amparo na decisão recorrida, cujos fundamentos adoto como razões de decidir:

"... embora a legislação trabalhista não especifique o instituto da repetição em dobro, entendo ser aplicável, desde que moduladamente, já que tem gênese em princípios gerais do direito (notoriamente a boa fé). Por isso, deve ser reservada para casos pontuais, nos quais evidenciada uma conduta censurável, não se mostrando razoável sua aplicação descuidada.

No caso, não é razoável que a petição inicial ou mesmo a parte reclamante (advogada de larga experiência) tenha omitido o recebimento de expressivos R\$ 20.000,00. Mais do que fugir ao

razoável, viola o dever de boa fé em seus diversos prismas. Em outras palavras, no caso concreto se perfectibilizou as disposições do Código Civil (art. 940): "Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição."

Na situação, restou robustamente demonstrado o regular pagamento de R\$ 20.000,00 quando da extinção da relação. Logo, é parcialmente procedente a reconvenção para condenar a parte reconvinida a pagar R\$ 40.000,00."

Nego provimento ao apelo, no particular, e ressalvo, uma vez mais, que se trata de profissional do direito, não se escusando o procedimento adotado.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

**DESEMBARGADORA ANA LUIZA HEINECK KRUSE
(RELATORA),**

**DESEMBARGADOR ANDRÉ REVERBEL FERNANDES E
DESEMBARGADOR GEORGE ACHUTTI**