



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista 0000257-24.2017.5.09.0658

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 29/05/2019

Valor da causa: R\$ 40.000,00

Partes:

RECORRENTE: LUCIANA SILVA

ADVOGADO: NELSON PAULO RUPPENTHAL

RECORRIDO: IRMAOS MUFFATO CIA LTDA

ADVOGADO: VERGINIA BERNARDO JORGE PATERNO

ADVOGADO: SERGIO LUIZ DA ROCHA POMBO

ADVOGADO: JOAQUIM PEREIRA ALVES JUNIOR



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

Conciliar também é realizar justiça

PROCESSO n° 0000257-24.2017.5.09.0658 (ROT)
RECORRENTE: LUCIANA SILVA
RECORRIDO: IRMÃOS MUFFATO CIA LTDA
RELATOR: SÉRGIO GUIMARÃES SAMPAIO

EMENTA

AGRESSÃO VERBAL SOFRIDA PELA EMPREGADA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA. Para que se configure o dever da empresa de ressarcir o dano moral ocasionado ao trabalhador, devem estar presentes todos os elementos configuradores da responsabilidade civil, quais sejam, conduta humana culposa, dano psicológico e nexó de causalidade (art. 186, CC). No caso, o conjunto probatório demonstra a agressão verbal dirigida à reclamante, agravada pelo fato de a trabalhadora se encontrar em estado gestacional naquela oportunidade, o que enseja indenização pelo dano sofrido. Recurso ordinário da reclamante a que se conhece e a que se dá provimento no particular.

RELATÓRIO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da **2ª VARA DO TRABALHO DE FOZ DO IGUAÇÚ - PR**, em que é recorrente **LUCIANA SILVA** e recorrida **IRMÃOS MUFFATO CIA LTDA**.

Inconformada com a r. sentença de fls. 283/300, proferida pelo Exmo. Juiz do Trabalho **LUIZ GUSTAVO RIBEIRO AUGUSTO**, que acolheu em parte os pedidos formulados na inicial, recorre a autora **LUCIANA SILVA**.

A autora **Luciana Silva**, por meio do recurso ordinário de fls. 319/326, postula a reforma da r. sentença quanto aos pedidos de: **a)** Jornada de Trabalho; **b)** Indenização Substitutiva do Seguro Desemprego em Virtude da Unicidade Contratual e Danos Morais; **c)** Indenização por Uso da Imagem; e **d)** Dano Moral.

Tempestivo o recurso ordinário da autora (ciência da sentença em 15/02/2019 e protocolo das razões de recurso em 26/02/2019), e as contrarrazões apresentadas pela ré às fls. 329/347 (intimação do recurso em 07/05/2019 e protocolo das contrarrazões em 16/05/2019). Custas dispensadas. Regular a representação processual (da autora à fl. 18; e da ré às fl. 349).



Não houve apresentação de Parecer pela Procuradoria Regional do Trabalho, em virtude do art. 28 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, cumulado com o disposto no art. 45 do Regimento Interno deste E. Tribunal Regional do Trabalho (com redação dada pelo art. 4º, da RA n.º 008/2008).

A numeração das folhas dos autos apresenta-se em ordem crescente de numeração em razão da conversão dos documentos ao modo PDF.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHECE-SE** do recurso ordinário interposto, assim como das respectivas contrarrazões.

MÉRITO

Recurso da Autora Luciana Silva

Jornada de Trabalho

A reclamante se insurge contra a r. sentença, aduzindo que a prova oral colhida nos autos comprovou a existência de horas extras não quitadas pela reclamada; e que ao contrário do mencionado na primeira instância esta trouxe "*demonstrativo das diferenças (doc.780fccc e doc. 02a43b8) onde foram apontadas as diferenças de **horas extras, adicional noturno, feriados trabalhados***" (fl. 322).

Pleiteia sejam reconhecidas "*as horas extras, com os reflexos em DSR, 13o salários, férias + 1/3, FGTS + multa de 40% e demais consectários*" (fl. 322).

Analisa-se.

O MM. Juízo de origem, por considerar dividida a prova oral colhida nos autos, concluiu que a reclamante não se desincumbiu do seu ônus probatório a contento, declarando, por



consequência, válidas as anotações de horário contidas nos controles de jornada trazidos aos autos pela reclamada. E, por observar que a reclamante também não apresentou demonstrativos de diferenças de horas extras válido, julgou improcedente o referido pleito.

Ainda destacou o seguinte:

"(...) No caso, o apontamento de diferenças de **horas extras e reflexos**, diferenças de **adicional noturno e indicação de domingos e feriados laborados** e não pagos e/ou compensados, pela reclamante, por meio do cotejo dos controles de jornada com os comprovantes de pagamentos, todos encartados aos autos, nada mais se constituía do que típica produção de provas, e, como tal, deveria, imperiosamente, ocorrer até o encerramento da fase processual instrutória o que, absolutamente, não ocorreu, **pois as horas extras apresentadas em sede de réplica não observaram os pagamentos realizados, a compensação com posterior concessão de folgas pela empregadora, conforme se observa nos controles de fls. 135 (15/08), 136 (29/08 e 19/09), 137 (03/10), 138 (31/10), 139 (28/11), 140 (26/12 e 16/01) e subsequentes**, o mesmo ocorrendo com os **feriados laborados**, em que já concessão de folgas em até 15 dias, conforme determina a CCT da categoria, nem tampouco considerou as faltas injustificadas da obreira.

Portanto, **imprestáveis os demonstrativos de fls. 236 e seguintes**. (...)

Portanto, comprovada a veracidade dos horários anotados nos cartões de ponto e não apontadas diferenças válidas de horas extras e reflexos calculados e/ ou pagos a menor (referentes ao módulo diário e semanal e labor aos domingos e feriados) e/ou não compensados, nada há a ser deferido à autora (item 2, do rol de pedidos, nesta quadra). (...)

Indevida, também, a pretensão de pagamento de adicional noturno e reflexos para todo o período trabalhado. Reputadas verídicas as anotações constantes dos controles de jornada e nos recibos salariais, competia à reclamante indicar oportunidades em que teria se ativado em horário noturno sem o correspondente pagamento. No entanto, **mesmo ciente de toda a documentação abojada pela empresa (controles de jornada e recibos de pagamento), não apontou diferenças nesse particular, razão pela qual improcede o pedido neste sentido (item 4, do rol de pedidos)**.

Especificamente quanto aos domingos e feriados laborados, reputados verídicas as anotações constantes dos controles, cabia à autora indicar, a partir destas anotações, as oportunidades em que tenha havido trabalho em tais dias sem o correspondente pagamento ou compensação subsequente ou mesmo eventuais diferenças, todavia, **não fez prova do fato constitutivo do próprio direito**, razão pela qual rejeito o pedido, neste aspecto para todo o período laborado (itens 2, 3 e 5, do rol de pedidos, neste quadrante).

Também **não apontou oportunidades em que tenha trabalhado por mais de três domingos sucessivos ou em labor extraordinário em domingos após as 20h00**, ônus que lhe competia, já que fato constitutivo do direito pretendido (artigo 818 da CLT c/c 373, inciso I, do NCPC), razão pela qual, em definitivo, rejeito a pretensão de item 3, do rol de pedidos (...)" (fls. 291/292).

Inicialmente, em que pese a reclamante tenha mencionado no título deste tópico "Jornada de trabalho. Horas extras. Violação ao intervalo intrajornada e ao previsto no artigo 384, da CTL. Trabalho em domingos e feriados. Diferenças de adicional noturno. Reflexos", na fundamentação por ela elaborada no recurso ordinário, esta apenas referiu às **horas extras laboradas em**



sobrejornada, adicional noturno e labor aos feriados, de modo que a análise do presente tópico deve se restringir à referida fundamentação, caso contrário estaria este relator incorrendo em julgamento *extra petita*.

Em petição inicial, a reclamante aduziu que "*embora anotasse a jornada diária de 07h20, trabalhava das 11h00 às 22h00/23h00, sem intervalo de segunda à domingo, registrando os horários conforme orientação de seus superiores e voltava a trabalhar, desta vez, repondo mercadorias nas prateleiras e recolocando as mercadorias que sobraram nos carrinhos dos clientes. Faz jus ao recebimento de horas extras, pelo extrapolamento da 7h20ª hora diária e/ou 44ª semanal (...)*" (fl. 06).

Em contestação, a reclamada negou as alegações feitas pela reclamante, aduzindo ainda que "*toda a Jornada de Trabalho está fielmente retratada nos cartões ponto, ora juntados com a defesa*" (fl. 98).

Analisando-se os cartões de ponto existentes nos autos (fls. 135/145 e 175 /186), observa-se que a obreira se ativava nos horários das 11h30 às 20h50, com 2 horas de intervalo intrajornada; e das 10h às 19h20, com 2 horas de intervalo intrajornada.

Em sua impugnação à contestação, a reclamante mencionou o seguinte:

"(...) Todos os argumentos da Ré são rebatidos pela simples análise dos cartões pontos e conforme demonstrativo anexo, onde foram demonstrados horas extras excedentes da 7: 20a diária/44a semanal sem qualquer remuneração em seus holerites.

Com relação aos feriados trabalhados, se constata que a mesma laborou a título de exemplo: 15/11/15; 21/04/15; 10/06/15; 04/06/15; 15/11/14.

A real jornada será provada em audiência, através de provas testemunhais.

Diante do exposto, impugna-se os argumentos da Ré diante do demonstrado na apuração dos cartões (...)" (fl. 234).

Todavia, as planilhas apresentadas pela reclamante às fls. 236/245 apenas demonstram a existência de horas extras laboradas em determinados datas e não que havia diferenças de horas extras não quitadas pela reclamada, uma vez que tais demonstrativos de diferenças sequer mencionaram o contido nos holerites da reclamante correspondentes às referidas datas.

Ademais, analisando-se os cartões de ponto da reclamante, verifica-se a existência de regime de banco de horas adotado pela reclamada. No entanto, a reclamante não impugnou a validade de tal regime de compensação, e também não se manifestou a respeito na sua insurgência recursal, de modo que não é o caso de se fazer tal análise, obedecendo-se os limites do recurso ordinário em análise, presumindo-se, por consequência, a inexistência de horas extras não quitadas ou não compensadas.



Ato contínuo, em seu depoimento, a testemunha João do Espírito Santo declarou que:

"(...) trabalhou de 01/10/2004 a 05/12/2017 como agente de prevenção; 2) que encontrava a autora na entrada do trabalho; 3) **que os cartões de ponto não são devidamente anotados já que a empresa os manipula**; 4) **que a reclamante entrava por volta de 10/11h da manhã**; 5) que a autora trabalhava com uma folga semanal e dois domingos por mês; (...) 13) que tinha contato visual com a autora; 14) **que manipular o cartão de ponto significa que eram mudados pela empresa**; (...)" (fl. 254).

Por sua vez, a testemunha Sirlei declarou que:

"(...) que trabalha na empresa desde 2013 como operadora de caixa; 2) que chegou a trabalhar com a autora nos mesmos horários; 3) que tudo que é trabalhado é marcado no cartão de ponto inclusive todas as horas extras; (...) que o cartão de ponto era biométrico; 14) que conferia o que foi anotado e no final do mês via que as horas extras estavam corretamente pagas; 15) que não havia erros nos cartão de ponto."

Dessa forma, de fato, os depoimentos das testemunhas João e Sirlei são contraditórios, não podendo se depreender da análise conjunta de tais documentos que havia manipulação do descrito nos cartões de ponto pela reclamada, concluindo-se, por fim, que a reclamante não se desincumbiu do seu ônus probatório de elidir a validade das anotações de horário existentes nos cartões de ponto.

Quanto ao adicional noturno, examinando-se os referidos cartões de ponto, observa-se que na maioria absoluta de dias o labor da reclamante sequer extrapolou às 22h, sendo que quando extrapolou esta foi devidamente remunerada com o respectivo adicional (v.g. - dia 06/01/2015, no qual a reclamante laborou até 22h17 - fl. 140, tendo sido devidamente remunerado no holerite correspondente, de janeiro de 2015 - fl. 154).

Da mesma forma, a reclamante não se desincumbiu de comprovar a existência de diferenças não quitadas pela reclamada no que refere ao adicional noturno.

No entanto, quanto aos feriados laborados, **verifica-se que a reclamante não percebeu o adicional de 100% quanto a algumas datas.**

A título de exemplo, menciona-se a oportunidade na qual a reclamante laborou no dia 21/04/2015 (fl. 143), sendo que esta não percebeu o adicional de 100% no holerite correspondente ao referido mês (v.g. holerite de fl. 156), tendo ainda a obreira feito a referida indicação no demonstrativo de f. 239, bem como na sua impugnação à contestação, conforme trecho acima transcrito.



Dessa forma, **reforma-se parcialmente a r. sentença**, para condenar a reclamada no pagamento do adicional de 100% relativo aos feriados laborados pela reclamante e não quitados pela reclamada.

Como se observou no trecho acima transcrito, tais datas foram mencionadas na impugnação à contestação (fl. 234).

Por fim, tratando-se de condenação originária em horas extras, faz-se necessário o estabelecimento dos seguintes parâmetros de liquidação:

- a) divisor 220;
- b) base de cálculo nos termos da Súmula 264 do TST;
- c) em face da habitualidade e da natureza remuneratória da parcela, são devidos os reflexos em repouso semanal remunerado, aviso prévio indenizado, 13º salário, férias acrescidas de 1/3, FGTS e multa de 40%;
- d) adicional legal ou convencional, o que for mais benéfico; e
- e) abatimento de forma global, nos termos da OJ 415 da SBDI-1 do TST.

Indenização Substitutiva do Seguro Desemprego em Virtude da Unicidade Contratual e Danos Morais

A reclamante se insurge contra a r. sentença, aduzindo que houve, por parte da reclamada, ausência de informação da unicidade contratual e informação incorreta de dados no sistema do FGTS e demais órgãos, de modo que isto implicaria na condenação da reclamada no pagamento de indenização substitutiva do seguro desemprego; e que a reclamada também deve ser condenada no pagamento de indenização por danos morais, pelo fato de a obreira ter percebido um número inferior de parcelas do seguro desemprego, por culpa exclusiva da reclamada.

Alude ainda que deve ser respeitado o princípio da aptidão para produzir a prova, não podendo prosperar o fundamento contido na r. sentença, no sentido de que "*a prova de que a comunicação de obtenção de novo emprego teria sido feita pela ré competia à obreira*"; e que, nesse sentido, não possui acesso a documentos, tais quais CAGED, RAIS ou documentos de cunho previdenciário; que o documento referente ao FGTS se encontra à fl. 54 dos presentes autos, sendo que tal documento descreve que "*houve recolhimento do FGTS e conseqüentemente a informação da*



admissão em 01/11/2016 e a data/cod. movimentação: 03/12/2016"; e que, portanto, houve informação incorreta de dados no sistema do FGTS e demais órgãos. (fl. 323).

Pleiteia seja a reclamada condenada no pagamento de indenização substitutiva do seguro desemprego e de indenização por danos morais pelos motivos acima mencionados.

Analisa-se.

O MM. Juízo de origem assim se pronunciou:

"(...) A autora postula o pagamento de indenização relativa a parcelas de seguro desemprego não recebidas porque a ré não considerou/informou a unicidade contratual, fato que ensejaria um maior número de parcelas do que ao qual se habilitou, **bem como porque aduz que a ré teria informado nova admissão a partir de novembro/2016.**

Também postula diferenças no valor das parcelas do benefício em virtude de verbas postuladas nesta demanda.

Na defesa, a ré refuta integralmente as alegações obreiras.

De plano, nada a deferir quanto às diferenças por verbas postuladas nesta demanda, já que não foram deferidas nenhuma das verbas salariais pretendidas, na forma da fundamentação acima.

Prossigo.

Tendo em vista a unicidade reconhecida em capítulo precedente, teria a reclamante direito ao número de 5 parcelas de seguro desemprego, conforme artigo 4º, parágrafo 2º, incisos I, alínea 'b', II, alínea 'c' e III, alínea 'c'.

Contudo, não faz jus a indenização pretendida, nem tampouco as parcelas sucessivas (a partir da terceira), conforme passo a expor.

O benefício em comento tem por finalidade prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa por justa causa, conforme artigo 2º da Lei 7.998/1990. Para ser elegível ao seguro desemprego, entre outros requisitos, o beneficiário deve comprovar não possuir renda própria de qualquer natureza suficiente à manutenção da família (artigo 3º, inciso IV, da Lei 7.998/1990).

Portanto, a contrario sensu, possuir renda própria é condição que exclui o direito ao benefício.

A autora foi inicialmente habilitada ao benefício por preencher os requisitos previstos em lei, conforme comprova o documento de fl. 48. Porém, **o documento de fl. 49 traz que a partir de novembro de 2016 a autora passou a ter renda própria, como empregada doméstica, fato que indica que obteve nova colocação profissional e que a impede de continuar a receber o seguro desemprego, por não preencher o requisito previsto no artigo 3º, IV, da Lei 7.998/1990.**

Como a ré é uma empresa do ramo do comércio varejista de gêneros diversos, inclusive alimentícios, não fez inclusão de dados de admissão da autora como empregada doméstica em cadastros governamentais, tais como CAGED, RAIS, INSS, FGTS ou assemelhado.

Ademais, a prova de que a comunicação de obtenção de novo emprego teria sido feita pela ré competia à obreira, já que fato constitutivo do direito invocado (artigo 818 da CLT c/c 373, inciso I, do NCPC), no entanto, deste ônus ela não se desincumbiu, pois não há nos autos provas neste sentido, razão pela qual rejeito o pedido de indenização por dano moral formulado nesta quadra.



Ressalto, ainda, que **como há no processo prova de que a suspensão do benefício deu-se porque a autora passou a ter renda própria (fl. 49), não há falar-se em indenização pela não habilitação ao recebimento de 5 parcelas, já que o fato que a impediu de receber as parcelas sucessivas foi a obtenção de renda como empregada doméstica e não a ausência de informação/reconhecimento da unicidade contratual** deferida acima.

Ante o exposto e em definitivo, rejeito os pedidos de indenização substitutiva do seguro desemprego por ausência de informação da unicidade contratual, deduzido nas fls. 08/10 (item 11, do rol de pedidos), bem como o indenização por dano moral por recebimento de número inferior de parcelas do seguro desemprego, lançado na fl. 14 (capítulo dano moral), da prefacial (item 14, do rol de pedidos, sob esta quadra).

Ressalto que deixo de determinar a expedição de ofícios para retificação de dados em cadastros governamentais por ausência de pedido neste sentido.

Em virtude do acima decidido, afastos as teses em sentido contrário lançadas nos autos em desconformidade com a fundamentação acima" (fls. 292/293).

Diante do acima exposto, constata-se que a reclamante não rebateu os fundamentos da decisão de origem, o que não atende ao princípio da dialeticidade recursal (art. 1.010, II, CPC e Súmula nº 422 do E. TST), isto porque **ela não mencionou nas suas razões recursais o real fundamento, pelo qual o d. magistrado indeferiu o seu pedido de indenização substitutiva do seguro desemprego**, qual seja o fato de que o Ministério do Trabalho e Emprego, ao ter verificado que a reclamante passou a auferir renda como trabalhadora doméstica a partir do mês 11/2016 (doc. fl. 49), nos termos do artigo 3º, inciso V, da Lei 7.998/1990, determinou que esta não mais possuía direito ao recebimento da referida parcela, isto após a extinção do seu segundo contrato de trabalho com a reclamada, em 13/10/2016 (TRCT - fl. 45).

Ademais, destaca-se que apesar de na r. sentença ter sido ressaltado pelo r. Juízo "a quo" que "*como há no processo prova de que a suspensão do benefício deu-se porque a autora passou a ter renda própria (fl. 49), não há falar-se em indenização pela não habilitação ao recebimento de 5 parcelas, já que o fato que a impediu de receber as parcelas sucessivas foi a obtenção de renda como empregada doméstica e não a ausência de informação/reconhecimento da unicidade contratual*", ainda assim a reclamante insiste nas suas razões recursais, na tese de que a reclamada deve ser condenada no pagamento pelo fato de "ter havido ausência de informação da unicidade contratual e informação incorreta de dados no sistema do FGTS e demais órgãos", o que, conforme o comprovado pelo teor do documento de fl. 49, em nada influenciou no não pagamento das suas parcelas do seguro desemprego.

Nesse sentido, cita-se o precedente desta C. 5ª Turma: TRT-PR-00651-2014-562-09-00-1 (RO 16819/2014), de Relatoria do Exmo. Des. Marco Antonio Vianna Mansur, publicado em 13/02/2015, cujos fundamentos peço vênias para citar:

"Competia à ré se manifestar, de forma precisa, contra os fundamentos que embasaram o julgado de origem, em atendimento ao Princípio da Dialeticidade. A **ofensa ao princípio**



autoriza a prevalência da sentença, vez que não foram apresentados argumentos aptos a desconstituir os motivos decisórios. Inteligência do entendimento sufragado na Súmula 422, do C. TST, *verbis*: 'Súmula nº 422, do c. TST: "RECURSO. APELO QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. NÃO CONHECIMENTO. ART. 514, II, do CPC.'"(conversão da Orientação Jurisprudencial nº 90 da SBDI-2) - Res. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.2005". (destaquei)

Desta feita, como a reclamante repete em suas razões recursais os fundamentos trazidos na inicial, não se insurgindo quanto ao fundamento apresentado pela r. sentença para indeferir a pretensão, tal fato esse que, por si só, já seria suficiente para indeferir o pedido.

Ainda que assim não fosse, o documento de fl. 49 comprova que a reclamante incorreu na previsão do artigo 3º, inciso V, da Lei 7.998/1990 ("**Art. 3º Terá direito à percepção do seguro-desemprego o trabalhador dispensado sem justa causa que comprove: (...) V - não possuir renda própria de qualquer natureza suficiente à sua manutenção e de sua família**"), de modo que isso exclui qualquer possibilidade de recebimento de seguro desemprego, uma vez que passou a auferir renda, um mês depois de ter sido desligada da reclamada.

Com relação ao pedido de indenização por danos morais, não se verifica qualquer ato ilícito cometido pela reclamada que pudesse resultar no direito à indenização, pois mesmo que tivesse sido a reclamada quem informou ao Ministério do Trabalho e Emprego que a reclamante estava laborando como doméstica a partir de 11/2016 (o que também não ficou comprovado nos autos), não seria o caso de condená-la neste sentido, isto porque em tal hipótese a empresa apenas estaria repassando uma informação verdadeira à União, o que, evidentemente não se trata de um ato ilícito ou abusivo.

Logo, **nada a deferir.**

Indenização por Uso da Imagem

A reclamante se insurge contra a r. sentença, aduzindo que o entendimento do r. Juízo *a quo* contraria o entendimento da jurisprudência pátria dominante. Postula seja a reclamada condenada no pagamento de indenização pelo uso da imagem.

Analisa-se.

O MM. Juízo de origem, por considerar que "*a utilização de uniforme contendo logotipos de outras empresas não tem o condão de ensejar o pagamento de indenização por uso da imagem deste mesmo empregado*"; que "*o uso de uniforme da empresa, mesmo contendo outras logomarcas, não tem cunho depreciativo ou humilhante para a figura do trabalhador de modo a configurar dano ao direito da personalidade, passível de indenização, nem tampouco caracteriza uso*



indevido da imagem"; e que "não houve efetiva utilização e vinculação da própria imagem da obreira fora do ambiente de trabalho nem tampouco comprovação nos autos, pela autora, dos prejuízos e/ou constrangimentos experimentados pela utilização da vestimenta, ônus que lhe competia", julgou improcedente o pleito.

O direito de imagem se insere no âmbito dos chamados direitos fundamentais, cabendo indenização pelo seu uso indevido, eis que protegido legalmente, nos termos do artigo 5º, inciso X, da CF ("*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*") e artigo 20 do CCB ("*Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais*").

A responsabilidade civil, conforme disposto nos artigos 186 e 927 do Código Civil, pressupõe uma ação ou omissão voluntária - qualificada como um ato ilícito, a violação de um direito, a ocorrência de um dano moral ou patrimonial, e o nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão.

E a Súmula 403 do STJ, interpretando os artigos 5º, inciso X, da Constituição e 20 do Código Civil, propugna que "*Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais*".

Ainda, a indenização por danos materiais e morais exige como pressuposto que a reclamante tenha sofrido lesão de tais ordens em seu patrimônio, bem como que a reclamada tenha aferido vantagens e ganhos com a utilização da imagem, tendo assumido conduta ou omissão, com culpa ou dolo, gerando ato ilícito passível de reparação.

Embora seja incontroverso o uso de outras logomarcas no uniforme da reclamante, que não o da reclamada, uma vez que confessado pela reclamada na sua contestação, bem como se verifica tal fato por meio das fotografias de fls. 50/51, nenhuma das circunstâncias acima mencionadas se fazem presentes na situação relatada nos autos.

Das fotografias apresentadas pela reclamante, verifica-se que as imagens não são ofensivas à integridade desta, pelo que não geraram dano à mesma, ao passo que também não possuem valor expressivo a ponto de valorizarem as referidas marcas em efetivo uso da imagem como forma de obtenção de vantagem concreta.



O que se constata é que as fotografias são meramente ilustrativas e não transferem às empresas ali representadas ou à reclamada um ganho de imagem e de valorização a partir da figura da reclamante.

Não é o caso, portanto, de que a reclamada tenha obtido benefício a partir das imagens de fls. 50/51, não havendo também qualquer substrato referente a dano de ordem moral que autorize o deferimento da indenização postulada.

Logo, não se admite que as fotografias de fls. 50/51 tenham acarretado na utilização indevida e indiscriminada da imagem da reclamante com fins comerciais, nem que tenha a reclamada obtido efetivamente vantagem econômica. Ademais, as fotografias não atingem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da obreira.

Nada a deferir.

Dano Moral

A reclamante se insurge contra a r. sentença, aduzindo que a prova oral colhida nos autos comprovou a existência de assédio moral, pelo que é o caso de condenar a reclamada no pagamento de indenização por danos morais, conforme o por ela requerido na inicial.

Analisa-se.

O MM. Juízo de origem, por considerar que a prova oral restou dividida, concluiu que a reclamante não se desincumbiu do seu ônus probatório de comprovar a existência de assédio moral, pelo que indeferiu o pleito de indenização por danos morais.

Para que se configure o dever da empresa de ressarcir o dano moral ocasionado ao trabalhador, devem estar presentes todos os elementos configuradores da responsabilidade civil, quais sejam, conduta humana culposa, dano psicológico e nexo de causalidade (art. 186, CC). Ausente qualquer desses requisitos essenciais, não há que se falar em indenização por dano moral (art. 927, CC).

Segundo doutrina de SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA, considera-se assédio moral "*o comportamento do empregador, seus prepostos ou colegas de trabalho, que exponha o empregado a reiteradas situações constrangedoras, humilhantes ou abusivas, fora dos*



limites normais do poder diretivo, causando degradação do ambiente laboral, aviltamento à dignidade da pessoa humana ou adoecimento de natureza ocupacional" (Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador. São Paulo: LTr, 2010, p. 200).

Em exordial, a reclamante alegou o seguinte:

"(...) A Reclamante ao comunicar a sua superior de que estava grávida, a mesma lhe respondeu que 'só sabe fazer filho' ao invés de se preocupar em trabalhar. E após o término da licença, quando solicitou o horário que nosso ordenamento determina para amamentação a sua encarregada lhe disse que 'o bebe tem que se adequar ao horário que a empresa dispõe para tal e não o horário que ele quer mamar' (...) Assim, diante da conduta da representante da Reclamada e o ambiente de trabalho proporcionado por ela, esta caracterizado o assédio moral, sendo passível de indenização (...) Diante do exposto requer a indenização por assédio moral em 100(cem) vezes o ultimo salário percebido, não sendo este o entendimento, que o mesmo seja arbitrado pelo Juízo." (fls. 11/12).

A reclamada, por sua vez, negou as alegações feitas pela reclamante, aduzindo ainda que "*Com relação a amamentação de seu filho, a RECLAMADA autorizou dois intervalos diários para a RECLAMANTE, a título 'exemplificativo cita-se o dia 29/07/2016 em que laborou das 10h41min às 12h48min e das 13h16min às 14h e das 1h37min às 18h51min'*" (fl. 113).

Desta forma, competia à reclamante demonstrar a veracidade do fato alegado, nos termos dos artigos 818 da CLT e 373, I, do CPC.

Nesse sentido, em seu depoimento, a testemunha João do Espírito Santo declarou o seguinte:

"(...) trabalhou de 01/10/2004 a 05/12/2017 como agente de prevenção; 2) que encontrava a autora na entrada do trabalho; (...) (7) **que a Srª Kelly, fiscal de caixa, disse que a autora 'só servia para fazer filho'**; (...) 12) que nos furos de caixa o empregado era culpado sem qualquer avaliação; 13) que tinha contato visual com a autora; (...) 15) que já viu a autora amamentando na empresa nos horários designados pela ré; 16) que não sabe quantos filhos a autora tem (...)" (fl. 254).

Por sua vez, a testemunha Sirlei mencionou que:

"(...) trabalha na empresa desde 2013 como operadora de caixa; 2) que chegou a trabalhar com a autora nos mesmos horários; (...) 6) que nunca presenciou a autora sendo maltratada pela empregada de nome Kelly; 7) que a depoente já foi gestante e a empresa permitia duas amamentações por dia; 8) que nunca sofreu nenhum tipo de maltrato por ser gestante; 9) que havia uma apuração a respeito dos furos de caixa; (...)" (fl. 255).

Em que pese haja certa contrariedade entre os depoimentos das testemunhas João e Sirlei, nenhuma das declarações da testemunha Sirlei negou a declaração da testemunha João, no sentido de que "*a Srª Kelly, fiscal de caixa, disse que a autora 'só servia para fazer filho'*", o que, embora não constitua um assédio moral propriamente dito, evidentemente, possui um cunho preconceituoso e depreciativo do caráter da reclamante, ofendendo o foro íntimo da trabalhadora, causando-lhe, por certo, dor e constrangimento, sendo o caso de a reclamada ser condenada no pagamento de indenização por danos morais, ante a conduta excessiva da sua funcionária.



Dessa forma, constata-se, por meio da prova oral colhida nos autos que ficaram demonstradas humilhação e situação vexatória experimentada pela reclamante, na medida em que o depoimento da testemunha João comprovou que a obreira foi repreendida pela fiscal de caixa Kelly, pelo fato de se encontrar gestante, o que certamente fere o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que a reclamante se desincumbiu do seu ônus probatório de comprovar que teve a sua honra e dignidade ofendidas, acarretando em direito ao recebimento de indenização por ocorrência de dano extrapatrimonial, a ser arcada pela reclamada, mediante a constatação do ato ilícito/abusivo ocorrido.

Em relação ao valor da indenização por danos morais, esta visa compensar a dor e/ou lesão aos direitos personalíssimos do vitimado, considerando o grau de culpa do agente, a extensão e/ou intensidade do dano e o tempo que o ilícito lhe prejudicou. O importe da indenização deve ser alento, mitigando a dor da vítima, mas sem importar enriquecimento sem causa, nem tampouco representar a ruína do sujeito ativo do ato ilícito. Todavia, a medida deve sempre buscar imprimir indispensável caráter pedagógico-repressivo da medida, de modo a inibir a repetição da conduta, tornando salutar a reprimenda perante toda a sociedade.

Portanto, não se pode descurar da finalidade **social** da medida, especialmente quando verificada que esta decorreu do descumprimento de legislação cogente para que então tenha finalidade jurídica de desestimular o empregador da prática antijurídica ou abusiva.

A reclamada possui um capital social de R\$ 131.000.000,00 (<https://cnpj.services/76430438008660/irmaos-muffato-cia-ltda>); o contrato de trabalho teve duração de 26 meses e 22 dias (v.g. sentença - fl. 288); e a última remuneração da parte autora foi de R\$ 1.210,00 (TRCT - fl. 43).

A conduta da funcionária Kelly foi desrespeitosa e carregada de preconceito social, a qual acarretou em danos à moral da trabalhadora, uma vez que interferiu no seu ambiente de trabalho, prejudicando o convívio desta com os demais empregados, além de se tratar de um ato ilícito e abusivo, o qual, por certo, não faz parte do poder diretivo da reclamada.

O dano pode ser considerado grave, uma vez que a reclamante se encontrava gestante e este pode ter acarretado repercussões não só à esfera íntima da reclamante, como também do nascituro, sendo que o grau de culpa da reclamada é moderado, uma vez que poderia ter oferecido treinamento a sua funcionária, com o fito de que esta não adotasse tal conduta, como também poderia ter lhe aplicado alguma punição, o que não constou nos autos.



Assim, considerando, a intensidade/gravidade do dano sofrido (art. 944, CC), o grau de culpa do causador do dano (parágrafo único do art. 944 e art. 945, ambos do CC), a condição econômico-financeira do ofensor e do ofendido, considera-se que o valor de R\$ 7.000,000 a título de indenização por danos morais revela-se adequado aos fins compensatórios, pedagógicos e preventivos da medida, sem implicar, por outro lado, enriquecimento ilícito da reclamante ou banalização desse instituto.

Ante o exposto, **reforma parcialmente a r. sentença**, para condenar a reclamada no pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 7.000,00, com juros e correção nos termos da Súmula 439 do TST.

Conclusão

Em Sessão Extraordinária realizada nesta data, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Sergio Guimaraes Sampaio; presente a Excelentíssima Procuradora Darlene Borges Dorneles, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Sergio Guimaraes Sampaio, Marco Antonio Vianna Mansur e Archimedes Castro Campos Junior; **ACORDAM** os Desembargadores da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, em **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE**, assim como das respectivas contrarrazões. No mérito, por igual votação, **EM DAR-LHE PROVIMENTO**, para: a) condenar a reclamada no pagamento do adicional de 100% relativo aos feriados laborados pela reclamante e não quitados pela reclamada; e b) condenar a reclamada no pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 7.000,00, com juros e correção nos termos da Súmula 439 do TST, tudo, nos termos da fundamentação.

Custas acrescidas em R\$ 160,00, calculadas sobre o valor de R\$ 8.000,00, acrescido provisoriamente à condenação.

Intimem-se.

Curitiba, 17 de dezembro de 2019.

SÉRGIO GUIMARÃES SAMPAIO



Relator

43

