PROCESSO: 0000687-80.2011.5.01.0052 - RTOrd

A C Ó R D Ã O

5 ª TURMA

RECURSO ORDINÁRIO. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO ATRAVÉS DA CONSTITUIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA. FRAUDE À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. NULIDADE.

A contratação de pessoa natural através da constituição de pessoa jurídica, presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego, possui o claro propósito de desvirtuar, ou impedir, a configuração do vínculo de emprego, sendo, pois, segundo os ditames do art. 9º da CLT, nula de pleno direito. Em tais hipóteses, o que prevalece para a caracterização do vínculo de emprego é a realidade fática, não a pactuação havida. Aplica-se, no caso, o princípio da primazia da realidade sobre os fatos, segundo o qual, nas palavras de De La Cueva, "a existência de uma relação de trabalho depende, em consequência, não do que as partes tiverem pactuado, mas da situação real em que o trabalhador se ache colocado".

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso Ordinário nº **TRT-RO-0000687-80-2011-5-0052**, em que são partes: **ÁLVARO COSTA E SILVA FILHO**, como Recorrente, **EDITORA JB S/A, BRASIL**

MÍDIA DIGITAL LTDA, COMPANHIA BRASILEIRA DE MULTIMÍDIA S/A, JB ON LINE LTDA, DOCAS INVESTIMENTOS S/A, INEWS COMÉRCIO DE JORNAIS REVISTAS E PERIÓDICOS LTDA, BRASILLOG COMÉRCIO DE JORNAIS E REVISTAS LTDA, EDITORA PEIXES S/A e **CASA BRASIL EMPREENDIMENTOS CULTURAIS E EDITORIAIS LTDA,** como Recorridos.

I - R E L A T Ó R I O

O Reclamante interpôs Recurso Ordinário (fls. 335/339) contra a sentença de fls. 330/331-verso, tendo a C. 5º Turma dado provimento ao apelo para acolher "a preliminar arguída de nulidade dos atos praticados a partir da juntada dos documentos de fls. 323/325 e determinando a baixa dos autos à Vara de origem ..." (fls. 417/421).

O M. Juízo *a quo* reabriu a instrução e proferiu nova sentença às fls. 474/477. Contra a referida sentença da MM. 52ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, proferida pela juíza **SAMANTHA IANSEN DOS SANTOS**, que julgou **improcedentes** os pedidos, o Reclamante interpôs o presente Recurso Ordinário (fls. 491/500). Os embargos de declaração opostos pela parte Autora foram rejeitados, condenando-se o Reclamante ao pagamento de multa por embargos protelatórios (fl. 487).

ALVARO COSTA E SILVA FILHO interpõe Recurso Ordinário, alegando que o contrato de prestação de serviços com a Álvaro News deve ser declarado nulo e reconhecido o vínculo de emprego com a 1ª Reclamada - Editora JB S/A -, porque presentes os elementos do at. 3º da CLT. Aduz, ainda, que os documentos colacionados aos autos revelam que

o Autor exercia função ligada à atividade-fim da 1ª Reclamada, o que implica o reconhecimento de vínculo com o tomador. Requer o pagamento das parcelas de férias, 13º salários e FGTS, bem assim as parcelas rescisórias. Sustenta que as testemunhas ouvidas comprovam que o Autor laborava em jornada extraordinária, com intervalo de apenas 20 minutos para refeição e descanso. Afirma inexistir razão para que o juízo desconsiderasse os depoimentos das testemunhas do Autor. Por fim, requer a exclusão da multa por embargos protelatórios.

EDITORA JB S/A, BRASIL MÍDIA DIGITAL LTDA, COMPANHIA BRASILEIRA DE MULTIMÍDIA S/A, JB ON LINE LTDA, DOCAS INVESTIMENTOS S/A, INEWS COMÉRCIO DE JORNAIS REVISTAS E PERIÓDICOS LTDA, BRASILLOG COMÉRCIO DE JORNAIS E REVISTAS LTDA, EDITORA PEIXES S/A e **CASA BRASIL EMPREENDIMENTOS CULTURAIS E EDITORIAIS LTDA** apresentam contrarrazões às fls. 503/508, com requerimento de expedição de ofício ao Ministério Público Federal, para apuração de crime de falso testemunho.

Os autos não foram remetidos à Douta Procuradoria do Trabalho por não ser hipótese de intervenção legal (Lei Complementar nº 75/1993) e/ou das situações arroladas no Ofício PRT/1ª Região nº 212/12-GAB, de 11/03/2013, ressalvado o direito de futura manifestação, caso entenda necessário.

II - F U N D A M E N T A Ç Ã O

DO CONHECIMENTO

O Recurso Ordinário é tempestivo – as partes foram intimadas para ciência da sentença de embargos de declaração, através de

publicação no Diário Oficial do dia **28/10/2014, 3ª feira** (fl. 488); o recurso foi interposto pelo Reclamante em **04/11/2014** (fl. 491) – e está subscrito por advogado regularmente constituído. Custas dispensadas em razão da concessão do benefício da gratuidade de justiça (fl. 477). **Conheço, pois, do Recurso Ordinário.**

DO VÍNCULO DE EMPREGO

Narra a reclamante, em sua inicial, que foi contratado pela **1ª reclamada** – **Editora JB** – em **01/12/2004**, para exercer as funções de **Subeditor**. Contudo, a 1ª ré, com intuito de burlar a legislação trabalhista aplicável, obrigou o Reclamante a prestar os serviços por meio de pessoa jurídica que já havia constituído anteriormente. Postula, em síntese, que seja declarada a nulidade do contrato de prestação de serviços firmado por meio da pessoa jurídica, bem como o reconhecimento do vínculo de emprego com a 1ª reclamada (fls. 04/11).

A 1ª ré (fls. 149 e ss.) se defende alegando, em síntese, que o Reclamante prestou a ela serviços autônomos, por intermédio da empresa **ALVARO NEWS SERVIÇOS JORNALÍSTICOS LTDA.** Portanto, não houve vínculo de emprego entre os contratantes.

A sentença julgou **improcedente** o pedido de nulidade do pedido de demissão e de reconhecimento do vínculo de emprego entre as partes durante todo o período, pelos seguintes fundamentos:

> "[...] de acordo com o depoimento pessoal do Autor, este já prestava serviços por intermédio dessa empresa antes e permaneceu prestando serviços depois da rescisão do contrato. Destaco que o

> Reclamante mesmo informou que antes de trabalhar com a primeira 1ª ré, somente prestava serviços por meio de sua empresa (fl.315).
> O contrato, por sua vez, diz respeito apenas ao fornecimento de material jornalístico inédito pelo Reclamante e os documentos juntados aos autos que evidenciam que o Reclamante tinha liberdade para laborar em favor de outras empresas, tendo atuado inclusive como Membro de comissão formada pelo Ministério da Cultura (f. 192), projetos culturais do Governo do Rio de Janeiro (f. 197), além de outros. Também se extrai da entrevista feita com o Reclamante em setembro de 2008 que este tinha autonomia no seu trabalho, inclusive quanto à escolha das matérias.
> Em relação à prova testemunhal, emerge do depoimento de Mariana Filgueiras de Souza a tentativa de beneficiar o Reclamante, na medida em que aduziu fatos sem ser perguntada e mesmo tendo trabalhado na 1ª ré no período de 2005 a 2008, sendo com o Reclamante a partir de 2007, soube precisar com exatidão a jornada informada na petição inicial, embora não soubesse mencionar até que mês a própria depoente trabalhou, de modo que entendo que seu depoimento não serve como meio de prova.
> Dessa forma, julgo improcedente o pedido de reconhecimento da relação de emprego entre o Reclamante e a primeira Reclamada, por não estarem presentes os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT ...” (fls. 475/476).

Insurge-se o Reclamante contra a sentença acima transcrita, reafirmando a existência de fraude na contratação por intermédio de pessoa jurídica. **Razão assiste ao Recorrente.**

Como se sabe, os requisitos necessários à configuração do vínculo de emprego são colhidos do próprio direito positivo, que considera “empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência econômica deste e mediante salário” (artigo 3º da CLT). Empregado há de ser, necessariamente, uma pessoa física; pessoa jurídica não pode ser sujeito da relação de empregado como prestador de serviço. Surge, então, o requisito pessoalidade: quanto à pessoa do empregado, o contrato é *intuitu personae*. Tampouco podem os serviços ser esporádicos, sobremaneira

espaçados, sem a continuidade inerente ao vínculo de emprego. Outro requisito é o da onerosidade. A ajuda desinteressada não configura um vínculo de emprego. Não é o fato de perceber ou não o salário que retira ou põe o contrato na definição legal; importa, na verdade, se a contribuição do empregado para consecução do negócio empresarial foi ou não esperando uma contribuição. Finalmente, o elemento mais importante da relação de trabalho: subordinação jurídica ("dependência econômica"). O empregador tem poder de dirigir, ordenar, coordenar, fiscalizar, gerenciar a prestação ser serviços, quer seja quanto ao local do trabalho, quer seja quanto a quantidade de trabalho, quer seja quanto à priorização das tarefas etc.

A ausência de qualquer um desses elementos afasta a existência do liame empregatício.

Há, ainda, uma outra característica do contrato de emprego que é a **alteridade**, pela qual se observa que a assunção do risco da atividade econômica é uma característica da empresa e não do empregado. A presença desse elemento ao lado do tomador dos serviços, vinculada à existência dos requisitos assinalados no parágrafo anterior, indica que a relação é de emprego. Outrossim, a ausência de algum dos elementos anteriores, aliada à constatação de que o prestador dos serviços assumia os riscos da própria atividade, é suficiente para a conclusão de inexistência de liame empregatício.

A aferição da existência ou inexistência de relação de emprego, passa, antes, pela análise da existência ou inexistência dos pressupostos da relação de emprego: pessoalidade e, mais acentuadamente, **subordinação jurídica**. Segundo o ensinamento de

Maurício Godinho Delgado, "duas grandes pesquisas sobrelevam-se nesse contexto: a pesquisa sobre a existência (ou não) da pessoalidade e a pesquisa sobra à existência (ou não) da subordinação" *(in* Curso de Direito do Trabalho, 6a. ed., São Paulo: LTr, 2007, pág. 599/600). E prossegue o doutrinador, na mesma obra, discorrendo que a fungibilidade do prestador laboral afasta inexoravelmente a possibilidade de configuração da relação de emprego. Contudo, contratos há de típica representação comercial autônoma que exijam pessoalidade em sua execução, de modo que, mesmo em sendo verificada a existência desse requisito, ainda assim haverá de ser provada a existência concomitante de subordinação. Nas palavras de Maurício Godinho, subordinação jurídica "é elemento de mais difícil aferição no plano concreto desse tipo de relação entre as partes", tipificando-se "pela intensidade, repetição e continuidade de ordens do tomador de serviços com respeito ao obreiro, em direção à forma de prestação dos serviços contratados. Se houver continuidade, repetição e intensidade de ordens do tomador de serviços com relação à maneira pela qual o trabalhador deve desempenhar suas funções, está-se diante da figura trabalhista do vendedor empregado (arts. 2 e 3, *caput*, CLT; Lei n. 3.207, de 1957). Inexistindo essa contínua, repetida e intensa ação do tomador sobre o obreiro, fica-se diante da figura regulada pela Lei Comercial n. 4.886/65 e Código Civil de 2002" (*idem*).

No caso dos autos, **a prestação de serviços foi expressamente reconhecida pela 1ª reclamada em sua defesa**. Todavia, a 1ª ré alegou a existência de fato modificativo-impeditivo ao direito pleiteado, qual seja, a existência de contrato cível de prestação de serviços entre duas empresas constituídas na forma da lei. Segundo a 1ª ré, os serviços foram prestados através da empresa **ALVARO NEWS SERVIÇOS**

JORNALÍSTICOS LTDA, pessoa jurídica da qual o autor é sócio, e que também prestava serviços para outras empresas, além dela. Admitida a prestação de serviços pela 1ª ré, **cabe ao empregador evidenciar em Juízo a condição de trabalhador autônomo,** seja por ser um fato extraordinário, seja por ser um fato impeditivo ao reconhecimento do vínculo de emprego entre as partes (art. 818 da CLT c/c art. 333 inc. II do CPC).

Para tanto, foi juntado aos autos pelo autor o contrato social da empresa prestadora dos serviços (fls. 17/19), compondo seu quadro societário ele, com 50% (cinquenta por cento) das cotas, e a Sra. Norma Gonçalves Costa e Silva, também com 50% (cinquenta por cento) das cotas. Observa-se que a sócia do Autor é sua genitora, Sra. Norma, conforme carteira de identidade de fl. 16. O objeto social da referida empresa é: “serviços de produção e redação de reportagens, textos e matérias jornalísticas” (cláusula terceira, fl. 17).

Também foi juntado o contrato de prestação de serviços invocado pela 1ª ré (fls. 170/176), com aditamentos às fls. 176 e ss., sendo partes contratantes a 1ª reclamada **Editora JB S/A** e a empresa **ÁLVARO NEWS SERVIÇOS JORNALÍSTICOS LTDA**.

Trata-se de contrato de fornecimento de material jornalístico, cessão de direitos autorais e outros pactos, encetado entre a reclamada **Editora JB S/A** e a empresa **ALVARO NEWS SERVIÇOS JORNALÍSTICOS LTDA**, tendo como interveniente o autor, **ÁLVARO COSTA E SILVA FILHO**. O contrato foi assinado pelas partes e pelo interveniente em 01/12/2004, com prazo de duração de doze meses e, a partir daí, no caso de silêncio das partes, com prorrogação automática por

prazo indeterminado (cláusula quinta, fl. 172). Seu objeto é o fornecimento de materiais jornalísticos para a reclamada, **Editora JB**, sendo assim considerada toda e qualquer matéria noticiosa, ilustrada ou não, textos, artigos, crônicas, reportagens, charges, quadrinhos, imagens, pesquisas e matérias afins produzidas pela empresa contratada, **ÁVARO NEWS SERVIÇOS JORNALÍSTICOS LTDA**, ou pelo interveniente, **ALVARO COSTA E SILVA FILHO**.

É interessante destacar as cláusulas 3.1 e 3.2 do referido contrato. Transcreve-se:

> **3.1.** Por este instrumento e na melhor forma de Direito, a **CONTRATADA** e/ou o **INTERVENIENTE** cedem e transferem à **CONTRATANTE**, desde já, em caráter definitivo, de forma irrevogável e irretratável, pelo prazo previsto no Art. 41 da Lei nº 9.610 de 19/02/1998, todos os direitos autorais de natureza patrimonial, relativos ao **MATERIAL**.
> **3.2** O **INTERVENIENTE** declara, para todos os fins de Direito, que mantém contrato com a **CONTRATADA**, mediante o qual lhe transmitiu o exercício da totalidade dos seus direitos, em especial aqueles incidentes sobre o objeto deste **CONTRATO**.

O contrato, portanto, visa ao fornecimento de material jornalístico produzido pela própria empresa contratada e também por aqueles produzidos pelo jornalista **ALVARO COSTA E SILVA FILHO**, cedidos que foram, em sua totalidade, à empresa contratada.

Como contraprestação pelo fornecimento do material jornalístico, pactuou-se, através da cláusula quarta (fl. 171), a quantia mensal inicial de R$ 3.000,00 (três mil reais), a ser paga até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido. Esse valor foi majorado para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), em agosto de 2006 (fl. 176), depois para R$ 6.000,00 (seis

mil reais), em maio de 2007 (fl. 179), e, finalmente, para R$ 7.000,00 (sete mil reais), a partir de março de 2008 (fl. 182).

Além disso, obrigou-se a **Editora JB** a ceder espaço, mobiliário e equipamentos de informática, em suas próprias instalações, para a execução do contrato (cláusula 6.4, fl. 172). Obrigou-se também a fornecer passagem e hospedagem, mais ajuda de custo e alimentação, mediante comprovação da despesa, em caso de prestação de serviços fora do município do Rio de Janeiro (cláusula 6.5, fl. 172). Ainda, obrigou-se a **Editora JB** a arcar com a assessoria jurídica nas ações judiciais ajuizadas em face da empresa contratada ou do reclamante por conta dos materiais veiculados (cláusula 7.3, fl. 173).

A empresa contratada e o autor, por sua vez, obrigaram-se a responder pelo material jornalístico que fornecessem, segundo a Lei de Imprensa (cláusula 8.2, fl. 173).

A análise do contrato, portanto, evidencia que, a par da evidente tentativa de encobrir o seu real propósito, objetiva ele negociar a prestação de serviços jornalísticos produzidos pelo próprio reclamante. Através dele, a **Editora JB** passa a ter direito ao material jornalístico produzido pelo autor e se obriga a pagar a contraprestação pecuniária até o quinto dia do mês subsequente, a fornecer local e equipamento de trabalho em seu estabelecimento, cobrir as despesas com eventuais viagens a serviço, inclusive hospedagem e refeição e a custear a assessoria jurídica nas ações judiciais decorrentes do material veiculado.

Tudo isso está a evidenciar, pela minudência das obrigações financeiras da empresa contratante e das características do contrato, como a prestação de serviço na sede do próprio empregador, que a mão-de-obra do autor foi negociada por via de contrato de terceirização, servindo a empresa contratada meramente como **empresa interposta** entre o autor, o único fornecedor dos serviços, e a **Editora JB**. O problema, contudo, na espécie contratual eleita, é que a atividade-fim da **Editora JB** é a veiculação de notícias, a produção de material jornalístico. De fato, sua principal atividade é a publicação do periódico denominado **Jornal do Brasil**, donde derivam, inclusive, as letras que compõem a denominação social da reclamada, Editora **JB**, iniciais de Jornal do Brasil.

Repito: a atividade-fim da 1ª ré, empresa jornalística, é a produção e veiculação de material jornalístico, de modo que os serviços desenvolvidos pelo autor estão completamente inseridos nessa atividade. Em resumo, ainda que a 1ª reclamada, ao contratar a pessoa jurídica constituída pelo autor, não possuísse a intenção inicial de fraudar a legislação do trabalho, o caso seria de reconhecimento do vínculo de emprego **ante a ilicitude da terceirização de sua atividade-fim.** À míngua de uma legislação que regulamente mais minudentemente a relação entre o trabalhador terceirizado e a empresa tomadora, a jurisprudência trabalhista preencheu bem o espaço vazio, por meio da **Súmula nº 331** do C. TST, *in verbis*:

> "CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE
>
> I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
> II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da

> administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
> III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). Sublinhou-se".

Nos termos do entendimento contido na Súmula supra, inteligência conjunta de seus itens I e III, somente se considera lícita a terceirização que envolva contrato de trabalho temporário e os serviços de vigilância, conservação e limpeza, assim como os serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador, sendo, deste modo, **ilícita** a contratação de trabalhadores mediante empresa interposta em serviços ligados à atividade-fim do tomador ou, mesmo na atividade-meio, nos casos em que se verificar a pessoalidade e subordinação direta na execução dos serviços. Assim, no presente caso, não há dúvida de que a terceirização da atividade-fim empresarial é ilegal, devendo ser rememorado, aqui, o que dispõe o art. 9º da CLT, *in verbis*:

> **"**Art. 9º. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação".

Convém, também, lembrar as palavras de Süssekind: "*a simulação de um contrato de sociedade ou de empresa, para ocultar uma*

relação de emprego realmente configurada, torna o contrato nulo de pleno direito, impondo a aplicação de normas jurídicas que regem o contrato de fato existente, que é o de trabalho" (PLÁ RODRIGUES. *In* Princípios de Direito do Trabalho. Pág. 383. Ed. LTr., 3ª edição atualizada).

Não bastasse a contratação envolver a atividade-fim da 1ª reclamada, que, de per si, é capaz de exigir a formação do vínculo com a empresa tomadora, ainda encontro subsídios no âmbito do acervo probatório para, da mesma forma, desqualificar a modalidade contratual cível adotada. Senão, vejamos.

Em depoimento pessoal, o Reclamante declarou que:

> **"... começou como subeditor em 2004 na 1ª ré,** fazendo caderno de ideias e livros; que f**icou 3 anos como subeditor e mais 3 anos como editor,** afirmando que esse caderno era um suplemento literário semanal, e a ideia era acompanhar o mercado editorial; que além dos serviços na editoria, também ajudava em outros serviços, tais como fechamento da editoria, revisão de textos, reportagens na rua; que **foi determinado ao depoente que chegasse ao trabalho 11h,** devendo ficar até o fechamento ..." (fl. 315).

O preposto da 1ª Reclamada afirmou que:

> "... o contrato entre as partes se deu pela 1ª ré e a empresa do Autor […] que quem presta serviços através de pessoa jurídica não tem obrigação de comparecer à sede da ré, não é obrigado a cumprir jornada de trabalho, não havendo subordinação, sendo livre para escrever as matérias; [...] que o Autor era livre para apresentar as matérias como colunista […] que o Autor não tinha horários e dias para comparecer à sede da ré; que o Autor podia preparar a matéria em qualquer lugar e levar pessoalmente à ré e encaminhar por e-mail […] que o Autor não tinha local físico próprio para ocupar na sede da ré; que o Autor não trabalhava em plantão da ré. .." (fl. 316)

A 1ª testemunha arrolada pela parte autora, Sr. ALEXANDRE VIEIRA WERNECK, assim declarou:

> "... **iniciou com a CTPS anotada**, **passando em 2003 a receber através de RPA**, o que aconteceu até **2004, quando foi chamado para que constituísse uma empresa, o que foi feito, passando a prestar serviços através da Jotabê Serviços de Editoração de Textos Ltda.,** o que fez até 2007, **retornando a trabalhar na ré em 2008, novamente como empregado com CTPS anotada**, sempre em serviço de jornalismo; que **em todas as hipóteses supra apontadas o depoente sempre prestou iguais serviços, sem qualquer mudança na forma da prestação ou tratamento**; […] **que durante todo o período de prestação de serviços à 1ª ré, sempre teve que cumprir jornada diária de trabalho**, embora a mesma tenha variado, informando como média a jornada das 10/11h às 20h, de segunda-feira a sexta-feira e 2 plantões por mês, os quais se davam no sábado ou no domingo; que nos plantões, em média, a jornada iniciava às 14h e encerrava, no fechamento, por volta das 22h; que possuía intervalo médio de meia hora para refeição e descanso diariamente, inclusive nos plantões; [..] que **até onde sabe o Autor trabalhava exatamente como o depoente, indo à sede da 1ª ré diariamente**, afirmando o depoente que **o via todos os dias, inclusive feriados**, já que trabalhavam em todos os feriados; que a jornada dos feriados era igual àquela de segunda-feira a sexta-feira; que **o Autor também trabalhava em plantões, porém o depoente não sabe se eram 2 por mês**; que **já encontrou com o Autor trabalhando nos plantões, em vários finais-de-semana;** que **o depoente encontrava o Autor chegando e saindo do trabalho de segunda-feira a sexta-feira, daí porque entende que o Autor tivesse um horário bem próximo daquele declinado pelo depoente**; que não tem certeza, porém imagina que a jornada de trabalho do Autor nos plantões fosse como a do depoente, já que normalmente estavam juntos no fechamento; […] que no período que trabalhou próximo ao depoente pôde observar que o Autor não podia preparar sua matéria e encaminhar à ré por e-mail […] **se o Autor podia fazer isso, nunca fez, já que o depoente o via em todos os dias;** que Cristina Costa, Claudia Nina e Rodrigo Almeida foram editores do Caderno Ideias […] que **o Autor estava subordinado aos editores acima referidos, recebendo dos mesmos ordens, tais como matérias que seriam feitas, organização do trabalho**, além de outras; […] que na oportunidade em que o depoente teve que prestar serviços à 1ª ré

> através de uma pessoa jurídica, esse fato ocorreu com diversos colegas […] **que nunca viu acontecer o Autor mandar trabalhar alguém em seu lugar**; que **o depoente, enquanto prestou serviços à 1ª ré através de uma pessoa jurídica, nunca pôde se fazer substituir por outra pessoa**; que **o Autor tinha um local próprio para desenvolver suas atividades na sede da 1ª ré, como mesa e cadeira próprias para tal fim, além de computador** […]" (fls. 317/317-v) – destaquei.

A testemunha ALEXANDRE confirmou que o Autor laborava para a 1ª Reclamada com pessoalidade e subordinação jurídica, na medida em que recebia ordens dos editores da empresa, comparecia diariamente à sede da Reclamada e tinha horário de trabalho a ser cumprido.

A 1ª Reclamada arguiu a contradita da referida testemunha, que foi rejeitada (audiência de fl. 318). **Após o encerramento da instrução** (audiência de fl. 318), a **1ª Reclamada peticionou** (fls. 319/322), alegando que o depoimento da testemunha Alexandre é imprestável, porque o depoente possui ação idêntica contra a Reclamada, na qual prestou depoimento pessoal em dissonância com as declarações prestadas como testemunha na presente ação. **Colacionou aos autos o 1º documento de fl. 323** – depoimento pessoal prestado no processo RT 602-52-2009-501-0018 **com a finalidade de comprovar que a testemunha cometeu crime de falso testemunho** ao depor no presente processo.

O MM. Juízo, com base no documento supracitado, desconsiderou a prova oral produzida pelo Autor (sentença, fls. 330/331-v), ao fundamento de que comprovada "a alegada contradição nos depoimentos da testemunha arrolada pelo Reclamante, de forma a demonstrar a sua intenção de favorecer o Autor " (fl. 331).

O Acórdão de fls. 417/421 anulou a sentença de fls. 330/331-v, consignando que deveria ser concedida ao Autor a oportunidade de se manifestar acerca dos documentos juntados pela 1ª Reclamada, e "caso assim entenda o MM Juízo de 1º grau, a substituição da testemunha suspeita" (fl. 420).

Em despacho de fl. 466, o Juízo determinou "a substituição da testemunha por outra indicada pelo Reclamante às fls. 465 […] Sra. MARIANA FIGUEIRAS ..."

Contudo, malgrado do entendimento do Juízo *a quo*, **não há qualquer razão para desconsiderar o depoimento da testemunha ALEXANDRE.**

Primeiro, porque a contradita já havia sido rejeitada na audiência de fl. 318, descabendo a sua reiteração fora do prazo legal. A alegação de que a testemunha cometeu falso testemunho foi feita após o encerramento da instrução processual. Em outras palavras, está muito claro que os argumentos da 1ª Reclamada foram trazidos quando já preclusa a oportunidade legal.

Segundo, porque a 1ª Reclamada não requereu nem lhe foi concedido pelo Juízo prazo para a comprovação das razões alegadas para a suspeição da testemunha. Aliás, é bom que se diga, sequer consta da ata de audiência a razão pela qual foi arguída a contradita.

Analisando-se a petição da Reclamada de fl. 319, verifica-se que a contradita foi em razão de a testemunha possuir ação idêntica em

face da 1ª ré (processo nº 0060200-52-2009-5-01-0018).

Contudo, indeferir-se o compromisso simplesmente porque a testemunha, exercendo um direito constitucional de acesso ao Judiciário (que é público subjetivo, vale dizer não depende da existência de um direito material), possui demanda em face da ré premia o mal empregador, se não cumpre a legislação obreira.

O fato de possuir demanda não é, enfim, um impedimento ou uma suspeição; o verdadeiro impedimento é ter animosidade contra uma das partes, fato que se aquilata no momento do depoimento.

O Colendo TST sobre a matéria entende que:

> "Súmula nº 357 - TESTEMUNHA SUSPEITA. Não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador."

Terceiro, porque a documentação com a qual a 1ª Reclamada pretendia comprovar suas alegações, de que a testemunha Alexandre cometeu crime de falso testemunho (fl. 323), foi colacionada após o encerramento da instrução processual. E, consoante o disposto na Súmula nº 08 do C. Tribunal Superior do Trabalho, *"a juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença*".

À luz da Súmula n° 8 do C. TST, o documento adquire a qualidade de novo se for comprovado pela parte justo e legítimo impedimento para sua apresentação em momento oportuno ou se referir a

fato posterior à sentença. Nessas hipóteses, admite-se a juntada de documento na fase recursal. Tem-se, assim, que surgindo documento novo após o encerramento da instrução processual, respeitados, obviamente, o contraditório e a ampla defesa, podem as partes o colacionar o referido documento com o fim de fazer prova de suas alegações.

Não é o caso dos autos, uma vez não há nos autos qualquer prova de que que o documento em questão – cópia de depoimento pessoal prestado pelo Sr. ALEXANDRE – tenha sido produzido posteriormente ao encerramento da instrução. Ao contrário, o processo foi ajuizado em 2009 (0060200-52-2009-5-01-0018), fato que leva à presunção de que à data da audiência realizada na presente ação (24/04/2012, fl. 318), o documento já tinha sido produzido, não tendo a empresa apontado nenhum motivo que a tivesse impedido de acostar aos autos, no curso da instrução processual, a cópia do multicitado depoimento pessoal de fl. 323.

Assim, **entendo inexistir razão para desconsiderar o depoimento da testemunha ALEXANDRE, que, repita-se, comprovou que o Autor laborava para a 1ª Reclamada com pessoalidade e subordinação jurídica.**

Após a declaração de nulidade da sentença de fls. 315/317-v, foi reaberta a instrução, tendo o MM. Juízo colhido o depoimento da 2ª testemunha do Autor, Sra. MARIANA FILGUEIRAS DE SOUZA, que assim declarou:

> "... trabalhou na Reclamada Jornal do Brasil de janeiro de 2005 a final de 2008, não se recordando com precisão o mês; que conheceu o Reclamante no local; [...] **que quando foi trabalhar**

> **com o Reclamante ele já era editor**; que **isso aconteceu em 2007,** tendo **a depoente atuado como subeditora do Reclamante;** que **o Reclamante comparecia diariamente à Reclamada**; que o horário era similar, por volta de 11:00 às 20:00/20:30; que a Reclamante saía antes do fechamento e o Reclamante permanecia trabalhando até o fechamento; que havia intervalo rápido de cerca de 20 minutos; que **o Reclamante era subordinado aos diretores executivos do jornal** [...] que ficam numa sala chamada de aquário; que o horário informado era de segunda a sexta-feira; que havia plantões em sistema de 02 por 01, ou seja, folgava em dois finais-de-semana e trabalhavam sábado e domingo do terceiro final de semana; que o horário no plantão era de 14:00/14:30 às 22/22:30; [...] que **o Reclamante tinha uma mesa própria para trabalho, com ramal e computador; que o Reclamante não poderia mandar alguém substituí-lo**; que **a depoente foi contratada com CTPS assinada e no primeiro aumento salarial foi obrigada a virar PJ**, que **era uma prática da empresa contratar por meio de PJ;** que espontaneamente respondeu que havia uma pessoa que facilitava a criação de PJ; **que era subordinada ao Reclamante; que também os repórteres eram subordinados ao editor e subeditor**; [...] que **'o pessoal do aquário' determinava algumas pautas que seriam feitas pelo Reclamante; que o Reclamante representou a empresa como enviado especial em algumas reportagen**s; [...] que **na ausência do Reclamante, quando este viajava, a depoente ficava responsável pela edição do jornal;** que era possível realizar o fechamento do jornal, por meio de computador quando viajavam, não sendo necessário estar na sede, nesta hipótese" (fl. 472).

A testemunha MARIANA (fl. 472) declara que laborava com o autor, no interior da Editora JB, na mesma redação, sendo a testemunha subeditor enquanto o Reclamante exercia as funções de Editor. **Ora, as funções desempenhadas pelo autor são essenciais à atividade da Editora.** A referida testemunha confirmou, ainda, que o Autor laborava para a 1ª Reclamada com pessoalidade e subordinação jurídica, ao declarar que ele comparecia diariamente à Reclamada, recebia ordens dos executivos do Jornal, e era seu superior hierárquico. Além disso, a depoente afirmou que o Reclamante não poderia mandar alguém substituí-lo, sendo que, em suas ausências, a própria depoente substituía o Autor. Ora, a substituição do

autor, um suposto prestador de serviços, por alguém que, em tese, é empregado já deixa antever a natureza da relação entre as partes. Se isso não fosse suficiente, a declaração da testemunha, de que a empresa obriga as pessoas a virarem "PJ", não deixa margem para dúvida sobre a escolha feita pela ilegalidade.

Aqui, mais uma vez, não vislumbro razões para o MM. Juízo desconsiderar o depoimento da testemunha (sentença, fls. 475/476). É totalmente descabida a alegação de que a testemunha supra não teria isenção para depor, e que, por isso, seria imprestável seu depoimento. **Primeiro**, porque a testemunha foi contraditada pela parte ré, tendo o Juízo indeferido a contradita (fl. 472). **Segundo,** porque do depoimento da testemunha não se observam contradições ou quaisquer indícios de que a depoente tivesse intenção de favorecer o reclamante. O simples fato de a testemunha afirmar que trabalhou na ré até final de 2008, sem precisar o mês, não tem o condão de invalidar todas as demais declarações prestadas em relação ao trabalho desenvolvido com o Autor, pessoa que a depoente afirma ter sido seu superior hierárquico.

Ademais, ainda que ambos os depoimentos das testemunhas do Autor fossem desconsiderados, os documentos existentes nos autos seriam suficientes a comprovar que **a prestação de serviços pelo autor envolvia todos os requisitos necessários à configuração do vínculo de emprego colhidos do art. 3º da CLT**. Nesse sentido, a prova dos autos demonstra que, muito embora as partes tenham firmado contrato cível, a prestação dos serviços era feita de forma pessoal pelo autor, com continuidade, onerosidade e subordinação jurídica.

A caracterização de fraude à legislação trabalhista também ficou bem demonstrada diante das informações colhidas no depoimento pessoal do preposto da reclamada, que informou que havia na empresa jornalistas com CTPS registrada e outros prestando serviços por intermédio de pessoa jurídica (fl. 316). Daí constata-se que a Editora JB efetivamente necessita de **empregados** para o desenvolvimento de suas atividades jornalísticas, tanto é que há jornalistas com vínculo de emprego formal e outros que não possuem o vínculo de emprego formalizado com a empresa.

Convém lembrar, por oportuno, as palavras de SÜSSEKIND: "*a simulação de um contrato de sociedade ou de empresa, para ocultar uma relação de emprego realmente configurada, torna o contrato nulo de pleno direito, impondo a aplicação de normas jurídicas que regem o contrato de fato existente, que é o de trabalho.*" (PLÁ RODRIGUES. *In* Princípios de Direito do Trabalho. Pág. 383. Ed. LTr. 3ª edição atualizada).

E não fosse isso suficiente, repito, a prestação de serviços do Autor se dava na atividade-fim da 1ª Reclamada, o que implica no reconhecimento do vínculo com o tomador dos serviços, à luz da Súmula nº 331 do C. TST.

De outro giro, os trabalhos realizados pelo reclamante em prol de outras empresas (depoimento pessoal de fl. 315), além de não afastarem os elementos caracterizadores de uma relação de emprego (a CLT admite que o empregado esteja vinculado a mais de um empregador – art. 138), foram realizados com a **autorização** da empresa, uma vez que o contrato de prestação de serviços prevê essa hipótese. Aliás, no meio jornalístico, como no meio de profissionais liberais (advogado, médico, dentista, engenheiro

etc.), a prestação de serviços a múltiplos empregadores ou contratantes é a regra e não a exceção.

De todo o exposto, seja em virtude da fraude à legislação trabalhista, seja em decorrência da terceirização ilícita, ou da presença dos requisitos à configuração da relação de emprego, **declaro a nulidade do contrato de prestação de serviços por intermédio de pessoa jurídica e reconheço a existência de vínculo de emprego entre o Autor e a 1ª Reclamada durante todo o período trabalhado**.

Passo, a seguir, a ativar o disposto no art. 515, §§ 1º e 3º, do CPC, de modo a entregar a tutela jurisdicional completa. Como o primeiro grau de jurisdição realizou instrução exauriente, acabou a causa ficando madura para a integral entrega da tutela de mérito. Não há razão para, invertido o entendimento quanto à prejudicial do vínculo, determinar o retorno dos autos ao Juízo a quo para que diga quais verbas seriam devidas em decorrência desse reconhecimento pela instância ad quem. Nem o apego quase dogmático ao conceito de duplo grau de jurisdição exige esse retroceder do processo. Duplo grau não é sinônimo de duplo julgamento sobre todos os pontos debatidos, mas simples possibilidade de acesso a outro juízo revisor.

DAS PARCELAS DECORRENTES DO VÍNCULO DE EMPREGO

Em decorrência do reconhecimento do vínculo de emprego, condeno a 1ª reclamada a proceder às anotações do contrato de trabalho na CTPS do reclamante, com data de admissão em **1º/12/2004** (data do

contrato de fl. 175), e demissão em **08/01/2011** (considerada a projeção do aviso prévio contado do distrato em 09/12/2010, fl. 20), na função de Subeditor, e com remuneração de R$ 3.000,00 (três mil reais) e atualizações acima descritas. Deverá, ainda, ser anotada a promoção do Autor à função de editor, a partir de 1º/12/2007, conforme depoimento pessoal de fl. 306 e depoimento da testemunha de fl. 472. As anotações deverão ser realizadas em dia e hora a ser designada pela Secretaria da Vara do Trabalho, ficando desde já autorizada a proceder as anotações, em caso de descumprimento da obrigação de fazer pela reclamada.

Como mero consectário do reconhecimento do vínculo de emprego e da dispensa sem justa causa, condeno a 1ª reclamada, ainda, ao pagamento de: **(a)** saldo de salário de 9 dias do mês de dezembro/2010 (pedido "e") ; **(b)** aviso prévio (pedido "f"); **(c)** férias em dobro dos anos de 2004/2005 (que deveria ter sido usufruída em 2006, no período imprescrito), 2005/2006, 2006/2007, 2007/2008, e 2008/2009, acrescidas do terço constitucional; **(d)** férias simples do período de 2009/2010, acrescidas de 1/3; **(e)** férias proporcionais de 2010/2011 (1/12 avos), com 1/3 (pedidos "g", "h", e "i") e **(f)** 13º salários dos anos de 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, e proporcional de 2011 (pedidos "j" e "k"). **DOU PROVIMENTO.**

DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS - JORNADA ESPECIAL DOS JORNALISTAS – CARGO DE CONFIANÇA

Em sua inicial, o reclamante alega que laborava, em média, de segunda a sexta-feira, das 11:00 às 20:00 horas, com 15 minutos de intervalo para refeição e descanso; e em plantões: um sábado e um domingo a cada 3 semanas, das 14 às 22 horas; e em todos os feriados (fl. 07).

A 1ª Reclamada, em defesa, alega que o Autor não faz jus às horas extraordinárias postuladas porque prestava serviços por intermédio de pessoa jurídica, e não tinha seu horário fiscalizado. Mas, ainda que fizesse jus ao pagamento de horas extraordinárias, estas não seriam devidas a partir da 5ª diária (CLT, art.306), uma vez que o Reclamante exercia cargo de confiança, na forma do art. 6º do Decreto-Lei nº 972/69, além de não ter produzido prova de labor extraordinário (fl. 159).

Um dos fundamentos que constitui o Estado Democrático de Direito é o da dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, artigo 1º, inciso III). Os direitos sociais, do qual faz parte o direito do trabalho, visam dar concretude ao fundamento da dignidade que principia o Texto Constitucional. Nesse cenário de respeito à dignidade humana, surge a necessidade de limitar a jornada de trabalho do empregado, inclusive com a positivação em nível constitucional (artigo 7º, inciso III). Assim, em regra, o empregado tem direito de não trabalhar além do limite legal. Excepcionalmente, quando a natureza da atividade ou o tipo de relação impedir a observância do limite, está o empregador autorizado a dispensar o controle de jornada. Nesse caso específico, não é devido o pagamento de horas extras.

A fixação de limites para a jornada de trabalho pela legislação infraconstitucional dá concretude à garantia constitucional do resguardo da dignidade humana. Ao legislador constitucional-trabalhista afigura-se desumana a prestação de serviços além da oitava hora diária e quadragésima quarta semanal (art. 7º, XIII, da Constituição Federal). Por isso, em regra, todos os empregados devem estar sujeitos ao presente limite.

Na legislação ordinária há duas exceções à fixação de limites para a jornada constitucional: os empregados que exercem atividades externas e os gerentes investidos de mandato, com poderes de gestão, conforme dispõem, respectivamente, os incisos I e II do art. 62 da CLT, in *verbis:*

> CLT:
> ...
> Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:
>
> I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;
>
> II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.
> Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

O caso sob exame versa sobre a segunda hipótese, descrita no inciso II. Efetivamente, reconhece a lei que há empregados de hierarquia superior, que fazem as vezes do próprio empregador e, por isso, em face do padrão mais elevado de vencimento, não fazem jus às horas extraordinárias. Contudo, no parágrafo único do art. 62, exige a lei, como condição indispensável à aplicação da excludente, que o salário do empregado que exerce o cargo de confiança, com gratificação de função ou não, seja superior ao valor do salário efetivo em, pelo menos, 40% (quarenta por cento).

Esses são os balizamentos que justificam e explicam o artigo 62 da CLT, ou seja, como exceção à regra, somente nas estritas hipóteses e quando efetivamente o empregador não puder controlar a jornada de trabalho do empregado não será devido o pagamento de horas extras.

No que concerne à categoria profissional dos jornalistas, a CLT assim dispõe sobre sua jornada:

> **CLT:**
> …
> SEÇÃO XI - DOS JORNALISTAS PROFISSIONAIS
>
> Art. 302 - Os dispositivos da presente Seção se aplicam aos que nas empresas jornalísticas prestem serviços como jornalistas, revisores, fotógrafos, ou na ilustração, com as exceções nela previstas.
> ...
> Art. 303 - A duração normal do trabalho dos empregados compreendidos nesta Seção **não deverá exceder de 5 (cinco) horas, tanto de dia como à noite.**
> Art. 304 - Poderá a duração normal do trabalho ser elevada a 7 (sete) horas, mediante acordo escrito, em que se estipule aumento de ordenado, correspondente ao excesso do tempo de trabalho, em que se fixe um intervalo destinado a repouso ou a refeição.
> ...
> Art. 305 - As horas de serviço extraordinário, quer as prestadas em virtude de acordo, quer as que derivam das causas previstas no parágrafo único do artigo anterior, não poderão ser remuneradas com quantia inferior à que resulta do quociente da divisão da importância do salário mensal por **150 (cento e cinquenta)** para os mensalistas, e do salário diário por 5 (cinco) para os diaristas, acrescido de, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento).
> Art. 306 - Os dispositivos dos arts. 303, 304 e 305 **não se aplicam àqueles que exercem as funções de redator-chefe, secretário, subsecretário, chefe e subchefe de revisão, chefe de oficina, de ilustração e chefe de portaria.**
> Parágrafo único - Não se aplicam, do mesmo modo, os artigos acima referidos aos que se ocuparem unicamente em serviços externos. (Destaquei).

Como se pode perceber, o art. 306 da CLT, acima transcrito, reproduz, em relação aos jornalistas, as exceções tratadas no art. 62, incisos I e II, da CLT, no que concerne aos demais trabalhadores, o que se percebe até pela semelhança das nomenclaturas utilizadas. Assim, o jornalista que enquadrar-se nessas exceções não faz jus a horas extraordinárias.

No presente caso, restou comprovado pela prova testemunhal, e o autor assim reconhece, o exercício das funções de subeditor e de editor. Tais funções não são expressamente alcançadas pela exceção prevista no art. 306 acima transcrito, de modo que, em princípio, faz jus o autor às horas extraordinárias por ele laboradas. Todavia, as reclamadas invocam o disposto no parágrafo único do art. 6º do Decreto-Lei nº 972/69, cuja redação ora transcrevo:

> DECRETO-LEI Nº 972, DE 17 DE OUTUBRO DE 1969.
> Dispõe sobre o exercício da profissão de jornalista.
> …
> Art. 2º A profissão de jornalista compreende, privativamente, o exercício habitual e remunerado de qualquer das seguintes atividades:
> a) redação, condensação, titulação, interpretação, correção ou coordenação de matéria a ser divulgada, contenha ou não comentário;
> b) comentário ou crônica, pelo rádio ou pela televisão;
> c) entrevista, inquérito ou reportagem, escrita ou falada;
> d) planejamento, organização, direção e eventual execução de serviços técnicos de jornalismo, como os de arquivo, ilustração ou distribuição gráfica de matéria a ser divulgada;
> e) planejamento, organização e administração técnica dos serviços de que trata a alínea " a ";
> f) ensino de técnicas de jornalismo;
> g) coleta de notícias ou informações e seu preparo para divulgação;
> h) revisão de originais de matéria jornalística, com vistas à correção redacional e a adequação da linguagem;
> i) organização e conservação de arquivo jornalístico, e pesquisa dos respectivos dados para a elaboração de notícias;

> j) execução da distribuição gráfica de texto, fotografia ou ilustração de caráter jornalístico, para fins de divulgação;
> l) execução de desenhos artísticos ou técnicos de caráter jornalístico.
> ...
> Art. 6º As funções desempenhadas pelos jornalistas profissionais, como empregados, serão assim classificadas:
> ...
> Parágrafo único: também serão privativas de jornalista profissional **as funções de confiança pertinentes às atividades descritas no artigo 2º como editor**, secretário, subsecretário, chefe de reportagem e chefe de revisão. (Destaquei).

Ora, a toda evidência, o referido Decreto-Lei, que é posterior à CLT, acrescenta uma nova hipótese à previsão do art. 306 da CLT, também excetuando do alcance da jornada descrita no art. 303 consolidado os jornalistas que eventualmente exerçam as funções de editor, secretário, subsecretário, chefe de reportagem e chefe de revisão. Todas são alçadas à condição de função de confiança pelo mencionado Decreto-Lei.

Portanto, no período em que o Reclamante exerceu as funções de **Editor** (a partir de 01/12/2007 até a dispensa), **não faz jus à jornada de cinco horas prevista no art. 306 da CLT,** uma vez que o Decreto-Lei nº 972/69 expressamente estipulou que tal função é de confiança, e que seus exercentes não fazem jus à jornada prevista no art. 306 da CLT.

Por outro lado, no período em que o autor exerceu as funções de **subeditor** (da admissão até novembro/2007), são devidas as horas extraordinárias postuladas. Isso porque o exercício da função de Subeditor não se encontra alcançado pela novel exceção, ou seja, não está incluído como mais uma das funções de confiança pelo Decreto-Lei.

Elidida a excludente invocada, **o reclamante faz jus à jornada dos jornalistas, de cinco horas diárias, de segunda à sábado, ou seja, com módulo semanal de 30 horas**. Também faz jus ao divisor de 150 (cento e cinquenta) horas, nos termos da lei.

Pelo mesmo motivo, estava a reclamada obrigada ao que dispõe o § 2º do art. 74 da CLT determina textualmente que:

> "**Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída**, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso." (Destaquei).

A norma em apreço exige ("é obrigatória", diz a lei) que o empregador registre a hora que o empregado entrou e a hora que o empregado saiu do emprego. Ou seja, o registro não é apenas da jornada de trabalho estabelecida pelo empregador, mas de toda o tempo em que o empregado esteve à sua disposição. Vale dizer, a lei exige o controle completo da jornada de trabalho do empregado.

Somente se a empresa possuir menos de dez empregados estará desobrigada de cumprir o comando legal acima. O fato constitutivo do direito de não registrar as jornadas dos empregados é possuir menos de dez empregados. Não basta, portanto, à empresa alegar possuir menos de dez empregados, deve comprovar tal circunstância de modo a ser desobrigada do ônus de comprovar o registro das jornadas. Trata-se de fato positivo plenamente passível de ser provado através da exibição do livro de registro de empregados ou da exibição das RAIS do período trabalhado pelo autor. Por outro lado, não seria possível ao empregado que

pretendesse a exibição dos controles fazer provar de que seu empregador possui menos de dez empregados, fato negativo impossível de ser provado.

No presente caso, **a 1ª reclamada, grande empresa, sequer alegou possuir menos de dez empregados, de modo que estava obrigada a manter os controles das jornadas de seus empregados**.

Podemos enumerar diversas finalidades da norma em apreço. **Primeiro**, o regular cumprimento da jornada de trabalho é medida de saúde e segurança do trabalho, pois controla o tempo em que o trabalhador está à disposição do empregador. O registro da jornada completa de trabalho permite à fiscalização do trabalho exercer o seu poder de polícia, em verificar se estão sendo cumpridas essas medidas de segurança do trabalho. Recorde-se que somente o Ministro do Trabalho tem autoridade para autorizar a redução ou aumento do intervalo intrajornada (art. 71, § 3º da CLT e Orientação Jurisprudencial nº 342 da SBDI-I do C. TST).

Segundo, o regular e correto registro da jornada de trabalho permite ao empregador (e a fiscalização, como dito) controlar as horas extras realizadas pelo empregado.

Deste modo, os controles de frequência que ficam em poder do empregador são, na verdade, prova pré-constituída, em matéria de jornada de trabalho. Por esses motivos que o C. Tribunal Superior do Trabalho adotou a seguinte redação para o **Verbete nº 338** de sua Súmula:

> **TST – Súmula nº 338 - HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA.**
>
> I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, §

> 2º, da CLT. **A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho**, a qual pode ser elidida por prova em contrário.
> II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário.
> III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir." (Destaquei).

Como dito, o art. 818 da CLT e o art. 333 do CPC determinam a distribuição probatória, o ônus subjetivo da prova dos fatos, a quem cabe produção da prova de um determinado fato: os constitutivos para o autor; os impeditivos, modificativos e extintivos para o réu. Não obstante, com fundamento na Súmula nº 338 do C. TST, pode o Magistrado proceder à inversão do ônus da prova, quando o empregador não traz aos autos os controles de frequência do empregado, **ainda que não tenha havido prévia determinação judicial** (seja na notificação inicial, seja determinação expressa pelo Juiz). Isso porque trata-se de prova documental legalmente obrigatória, que em tal condição deveria ter vindo espontaneamente com a defesa.

Diante dessas circunstâncias, não há como se admitir que, no presente caso, o ônus da prova acerca da jornada de trabalho fosse da reclamante. Ante a ausência de juntada de prova obrigatória da ré, para ela transferiu-se esse ônus, do qual, contudo, não se desincumbiu. Dito doutro modo: no presente caso, dada a ausência da prova obrigatória, competia à reclamada demonstrar, através de outra prova, que a jornada real era outra que não aquela constante da petição inicial. Disso todavia, não cuidou.

Verifico, no presente caso, que a reclamada foi intimada pelo juízo de origem a juntar aos autos os controles de frequência, conforme a citação de fls. 72/73 (item 5, fl. 73), quedando-se inerte.

Ausentes os controles, presume-se a veracidade da jornada declinada na petição inicial – de segunda a sexta-feira, das 11:00 às 20:00 horas, com 15 minutos de intervalo para refeição e descanso; e em plantões: um sábado e um domingo a cada 3 semanas, das 14 às 22 horas; e em todos os feriados (fl. 07). Somente por isso, já caberia a condenação nas horas extraordinárias pleiteadas.

Porém, a prova testemunhal comprovou o excesso da jornada. A 1ª testemunha indicada pelo autor, Sr. ALEXANDRE VIEIRA WERNECK, assim declarou:

> "... que durante todo o período de prestação de serviços à 1ª ré, sempre teve que cumprir jornada diária de trabalho, embora a mesma tenha variado, **informando como média a jornada das10/11h às 20h, de segunda-feira a sexta-feira e 2 plantões por mês, os quais se davam no sábado ou no domingo; que nos plantões, em média, a jornada iniciava às 14h e encerrava, no fechamento, por volta das 22h**; que possuía **intervalo médio de meia hora para refeição e descanso** diariamente, inclusive nos plantões; [..] que **até onde sabe o Autor trabalhava exatamente como o depoente, indo à sede da 1ª ré diariamente**, afirmando o depoente que **o via todos os dias, inclusive feriados**, já que **trabalhavam em todos os feriados**; que a jornada dos feriados era igual àquela de segunda-feira a sexta-feira; que **o Autor também trabalhava em plantões, porém o depoente não sabe se eram 2 por mês**; que **já encontrou com o Autor trabalhando nos plantões, em vários finais-de-semana;** que **o depoente encontrava o Autor chegando e saindo do trabalho de segunda-feira a sexta-feira, daí porque entende que o Autor tivesse um horário bem próximo daquele declinado pelo depoente**; que não tem certeza, porém imagina que a jornada de trabalho do Autor nos plantões fosse como a do depoente, já que normalmente estavam juntos no fechamento […]" (fls. 317/317-v) – destaquei.

A 2ª testemunha da parte Autora, Sra. MARIANA FILGUEIRAS DE SOUZA, declarou que:

> "... que **o Reclamante comparecia diariamente à Reclamada**; que o horário era similar, por volta de **11:00 às 20:00/20:30;** que a **Reclamante saía antes do fechamento e o Reclamante permanecia trabalhando até o fechamento**; que havia **intervalo rápido de cerca de 20 minutos**; […] que o horário informado era de segunda a sexta-feira; que **havia plantões em sistema de 02 por 01, ou seja, folgava em dois finais-de-semana e trabalhavam sábado e domingo do terceiro final de semana**; que **o horário no plantão era de 14:00/14:30 às 22/22:30**; […] " (fl. 472).

Como se vê, as testemunhas foram unânimes em afirmar que o Reclamante laborava no mesmo horário que os depoentes, em média das 11 às 20 horas, com 30 minutos de intervalo intrajornada, de segunda a sexta-feira, e em todos os feriados (testemunha MARIANA); e em um sábado e um domingo a cada 3 semanas, das 14:30 às 22 horas.

Seja em decorrência da presunção de veracidade derivada da confissão *ficta* da reclamada, seja em virtude da comprovação da prestação de sobrejornada pelo autor, faz jus à remuneração pelas horas extraordinárias pleiteadas,

Com base no relato das testemunhas, reconhece-se ao autor a jornada das 11 às 20 horas, **com 30 minutos de intervalo intrajornada**, de segunda a sexta-feira, e em todos os feriados; e em um sábado e um domingo a cada 3 semanas, das 14:30 às 22 horas.

A concessão parcial do intervalo não atinge as finalidades pretendidas pela lei, a saber, possibilitar um descanso ao trabalhador para

recompor suas forças físicas durante a jornada; possibilitar a satisfação das necessidades fisiológicas de qualquer ser humano; possibilitar a realização da alimentação do trabalhador, com uma correta e adequada digestão; possibilitar uma integração social do trabalhador.

A supressão do intervalo, ainda que parcial, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de no mínimo 50%. Entendimento cristalizado na **Súmula 437, inciso I**, do C. TST, *in verbis:*

> **INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nos. 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1)**
> **I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.**
> ...
> III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.
> IV - **Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT**. (Destaquei).

No presente caso, resultou comprovado que o Reclamante laborava, em média, de segunda a sexta, das 11:00h às 20h, **com apenas**

30 minutos de intervalo para repouso e alimentação. Por isso, deve a 1ª Reclamada ser condenada ao pagamento de uma hora extraordinária por dia trabalhado, em razão da concessão parcial do intervalo para refeição e descanso.

No tocante à repercussão nas demais verbas contratuais e rescisórias, ressalta-se que o C. TST, em recente manifestação, pacificou a celeuma em torno da natureza do intervalo não concedido, em entendimento consubstanciado na **Súmula nº 437, item III,** do C. TST, que se transcreve:

> **SUM-437 INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT** (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-
> ...
> III - **Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais**. (Destaquei).

Por razões óbvias, dada a natureza salarial do intervalo, salarial será, também, a natureza do adicional de 50%, com a consequente repercussão nas demais verbas, em especial nos repousos, conforme entendimento há muito já cristalizado na Súmula nº. 172 do C. TST.

De todo o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO do Reclamante**, portanto, para condenar a 1ª Reclamada a pagar como extraordinárias todas as horas laboradas além da quinta diária, no período em que o Reclamante laborou como Subeditor (da admissão até

novembro/2007), segundo a jornada das 10 às 20 horas, com intervalo intrajornada de 30 minutos, de segunda a sexta-feira e em todos os feriados; e das 14:30 às 22 horas em um sábado e um domingo a cada 3 semanas, além de uma hora extraordinária por dia trabalhado, com acréscimo de 50%, em razão da concessão parcial do intervalo para refeição e descanso, durante todo o período trabalhado, bem assim os reflexos de todas as horas extraordinárias deferidas nas parcelas salariais e rescisórias.

Para o cálculo de todas as horas extraordinárias deferidas, deverão ser observados os seguintes parâmetros: (a) as horas extraordinárias deverão ser remuneradas com o adicional de 50% (cinquenta por cento), exceto as laboradas aos domingos, que deverão ser acrescidas de adicional de 100%; (b) são consideradas extraordinárias as horas laboradas além da 30ª (trigésima) da semana; (c) não se incluem no cálculo das horas extraordinárias os períodos de afastamento do autor por motivo de doença ou faltas ao serviço; (d) as horas extraordinárias deverão ser calculadas sobre o salário base acrescido das demais verbas habituais (Súmula 264 do C. T.S.T.); (e) deverá ser utilizado o divisor 150; (f) as horas extras, por habituais, geram reflexos no RSR, décimos terceiros salários, férias com 1/3, aviso prévio, FGTS e indenização compensatória de 40%.

DA MULTA DO ART. 477 DA CLT

Inicialmente, é bom relembrar que a **OJ nº 351** da SBDI-1 **foi cancelada** pela Resolução nº 163/2009, publicada em novembro de 2009. Tal orientação jurisprudencial era no sentido de ser incabível a multa prevista no § 8º, do art. 477 da CLT nos casos em que houvesse fundada

controvérsia acerca da existência da obrigação cujo inadimplemento gerou a multa. Transcrevo:

> Orientação Jurisprudencial nº 351 da SDI-1
>
> MULTA. ART. 477, § 8º, DA CLT. VERBAS RESCISÓRIAS RECONHECIDAS EM JUÍZO **(cancelada)** - Res. 163/2009, DJe divulgado em 23, 24 e 25.11.2009
>
> Incabível a multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT, quando houver fundada controvérsia quanto à existência da obrigação cujo inadimplemento gerou a multa.

Contudo, esse entendimento gerou profunda controvérsia, entendendo alguns operadores do Direito que afastar a multa por atraso na quitação, nos casos em que o empregador nega o vínculo sem qualquer fundamento razoável, implica em perigoso estímulo ao desvirtuamento da norma que coíbe a protelação do pagamento das verbas rescisórias. Ocorre que existia certo consenso na doutrina e na jurisprudência no sentido de que a multa do art. 477, § 8º, da CLT era devido mesmo ante a existência de controvérsia quanto ao cabimento de cada parcela pleiteada, não fazendo sentido desobrigar o empregador de pagá-la quando sonegou a própria formalização do contrato, em afronta à legislação trabalhista. Por esse motivo, entendeu-se ter sido oportuno o cancelamento da referida Orientação Jurisprudencial.

Neste sentido, inclusive, é a Súmula nº 30 deste E. TRT da 1ª Região, *in verbis:*

> SÚMULA Nº 30 Sanção do artigo 477, § 8º, da CLT. Reconhecido o vínculo de emprego ou desconstituída a justa causa, impõe-se a cominação.

Portanto, reconhecido o vínculo de emprego entre a autora e a 1ª ré, sem o pagamento das verbas decorrentes do distrato, e dada a ausência de controvérsia apta a afastar a incidência do § 8º do art. 477 da CLT, é devida a multa nele prevista. **DOU PROVIMENTO, no tópico.**

DO FUNDO DE GARANTIA E SEGURO DESEMPREGO

O vínculo de emprego entre as partes somente foi reconhecido judicialmente, donde se conclui que nenhum depósito a título de FGTS foi feito na conta vinculada do Reclamante. Por isso, é desnecessária a expedição de guias para levantamento dos depósitos de FGTS sabidamente não realizados. Para prestigiar o princípio da economia processual e evitar gasto inútil de tempo e recursos materiais, **determino que os pagamentos relativos ao FGTS (e indenização compensatória de 40%) sejam incluídos nos cálculos de liquidação**, juntamente com os demais créditos reconhecidos ao Autor.

De outra banda, o seguro-desemprego, assegurado pela Lei nº 7.998/90, tem por finalidade, conforme dispõe o artigo 2º da citada lei, prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado, em virtude de dispensa sem justa causa, inclusive, a indireta. É direito cujo exercício, em princípio, somente se concretiza mediante a apresentação de guias fornecidas pelo empregador.

Contudo, se sua percepção pelo empregado é obstada pelo empregador, que deixa de cumprir com sua obrigação de fornecer as guias, causando-lhe prejuízos irreparáveis, dada a natureza alimentar do benefício, deve o inadimplente responder por perdas e danos, à luz do que

preceitua o artigo 186 do Código Civil. Neste sentido, é o **verbete nº 389** da Súmula do C. TST, *in verbis:*

> "Nº 389 SEGURO-DESEMPREGO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. DIREITO À INDENIZAÇÃO POR NÃO LIBERAÇÃO DE GUIAS.
> I - Inscreve-se na competência material da Justiça do Trabalho a lide entre empregado e empregador tendo por objeto indenização pelo não-fornecimento das guias do seguro-desemprego.
> II - O não-fornecimento pelo empregador da guia necessária para o recebimento do seguro-desemprego dá origem ao direito à indenização".

Portanto, quando ficar comprovado que a empresa 1ª reclamada, no momento oportuno, não forneceu as guias necessárias à habilitação ao benefício previdenciário, deve ela responder pelo equivalente em espécie, conforme o entendimento contido na Súmula acima. Ressalto que a obrigação da 1ª reclamada, como dito no parágrafo anterior, é de <u>fornecer a guia no momento oportuno, ou seja, quando da dispensa</u>. Não o fazendo nesse momento, não cabe buscar isentar-se da indenização pela entrega posterior à sentença. Deve a 1ª ré efetuar o pagamento da indenização substitutiva do seguro desemprego.

Do exposto, **DOU PROVIMENTO ao Recurso Ordinário da Reclamante**, para condenar a 1ª reclamada a efetuar o pagamento dos valores correspondentes aos depósitos de FGTS não efetuados, bem a assim a indenização compensatória do FGTS e indenização substitutiva do seguro desemprego.

DO GRUPO ECONÔMICO

Narra a petição inicial que as reclamadas compõem um grupo econômico. Por esse motivo, todas elas deveriam responder solidariamente pelas eventuais obrigações que fossem imputadas à real empregadora.

As nove Reclamadas apresentam contestação em conjunto (fls. 149 e ss.), e não negam a existência de grupo econômico entre elas. Limitam-se a informar que a 7ª Reclamada - **BRASILLOG COMÉRCIO DE JORNAIS E REVISTAS LTDA** incorporou as 2ª, 4ª, e 6ª rés - **COMPANHIA BRASILEIRA DE MULTIMÍDIA S/A, JB ON LINE LTDA** e **INEWS COMÉRCIO DE JORNAIS REVISTAS E PERIÓDICOS LTDA** (fl. 150). Em outras palavras, é **incontroversa a existência de grupo econômico.**

A solidariedade não se presume, resulta da Lei ou da vontade das partes. O artigo 264, do Código Civil de 2002, estabelece que há solidariedade quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado à dívida toda. Assim, o credor pode exigir o cumprimento da obrigação de qualquer dos devedores, de forma isolada.

A solidariedade estabelecida pelo § 2º, do artigo 2º, da CLT, é uma garantia concedida ao trabalhador, visando à efetividade dos créditos trabalhistas, e apresenta-se como uma das manifestações do princípio protetor, que orienta o Direito do Trabalho. Transcreve-se:

> Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

> Parágrafo 2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo embora, cada uma delas, personalidade jurídica, própria estiverem sob a direção, controle ou administração de outra constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Maurício Godinho Delgado esclarece que:

> "grupo econômico consiste na figura resultante da vinculação justrabalhista que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho em decorrência de existir entre esses entes laços de direção ou coordenação em face de atividades industriais, comerciais, financeiras, agroindustriais ou de qualquer outra natureza econômica" (in Introdução ao Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1995, p.329).

Mozart Russomano, citado por Alice Monteiro de Barros, admite a existência de:

> "uma segunda forma de grupo econômico instituído sem a existência da empresa líder e de empresas lideradas, mas com todas as empresas dispostas horizontalmente, no mesmo plano, exercendo, reciprocamente, controle ou vigilância, e participando todas de um empreendimento global" (in Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2006, p.362).

Em resumo, uma vez **incontroversa a existência de grupo econômico**, o empregado poderá exigir de todas ou de qualquer uma das empresas pertencentes ao conglomerado, os direitos trabalhistas oriundos do contrato de trabalho por ele mantido com uma ou com mais de uma das empresas componentes do grupo econômico. É a figura do empregador

único, ideia adotada por forte corrente doutrinária e jurisprudencial trabalhista, segundo a qual, as empresas que integram um grupo econômico constituem, em verdade, um único empregador em face do contrato de trabalho celebrado, submetendo-se, o empregado, ao poder de comando desse empregador único.

Por todo o exposto, **DOU PROVIMENTO ao recurso do autor, para condenar a 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Reclamadas a responderem solidariamente com a 1ª ré pelos créditos devidos ao Autor.**

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O Autor, em seu apelo, renova o pedido de condenação do réu ao pagamento de honorários advocatícios. **Razão, porém, não assiste ao Recorrente**.

Observo que a Carta Magna, em seu artigo 133, declara ser o advogado indispensável à administração da Justiça. Neste mesmo sentido caminha o artigo 2º da Lei nº 8.906/1994.

Lembro, ainda, que a atividade advocatícia, além de privativa do advogado, tem cunho social, assemelha-se a prestação de um serviço público além de constituir-se um múnus público, nos termos dos §§ 1º e 2º do já mencionado dispositivo de lei, *verbis:*

> § 1º - No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.
> § 2º - No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de

decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

Ocorre que, nos termos dos verbetes sumulados de nºs 219 e 329, ambos do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, **somente são devidos honorários advocatícios quando a parte autora, além de vencedora, estiver assistida pelo Sindicato de sua categoria e, concomitantemente, receber até 2 (dois) salários mínimos ou encontrar-se ao abrigo da gratuidade de Justiç**a. Vejamos:

> **Súmula 219**. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO.
> I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e 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. (ex-Súmula nº 219 - Res. 14/1985, DJ 26.09.1985).
> II - É incabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista, salvo se preenchidos os requisitos da Lei nº 5.584/1970. (ex-OJ nº 27 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000).
>
> **Súmula 329**. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988.
> Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.
>
> **OJ-SDI1-305.** HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. JUSTIÇA DO TRABALHO.
> Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato.

A respeito do tema, vale a pena trazer a abalizada doutrina de Carlos Henrique Bezerra Leite:

> "O *ius postulandi* nada mais é do que a capacidade de postular em juízo. Daí chamar-se, também, de capacidade postulatória, que é a capacidade reconhecida pelo ordenamento jurídico para a pessoa praticar pessoalmente, diretamente, atos processuais.
> No processo civil, salvo exceções previstas em lei, o *ius postulandi* é conferido monopolisticamente aos advogados. Trata-se, aqui, de um pressuposto processual referente às partes que devem estar representadas em juízo por advogados.
> Nos domínios do processo do trabalho, como já vimos, a capacidade postulatória é facultada diretamente aos empregados e aos empregadores, nos termos do art. 791 da CLT, in verbis:
>
> *Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.*
>
> Pode-se dizer, portanto, que o *ius postulandi*, no processo do trabalho, *é a capacidade conferida por lei às partes, como sujeitos da relação de emprego, para postular diretamente em juízo, sem necessidade de serem representadas por advogado.*
> Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo art. 133 considera o advogado essencial à administração da Justiça, vozes categorizadas ecoaram no sentido de que o art. 791 da CLT não teria sido recepcionado pela nova ordem constitucional.
> O TST, contudo, firmou jurisprudência em sentido oposto, como se infere da Súmula n. 329, *in verbis*:
> (...)
> A Súmula n. 219 do TST, por sua vez, prevê:
> (...)
> Muito embora os verbetes acima tratem apenas de honorários advocatícios, não há negar que eles deixam implícito que, no processo do trabalho, as partes continuam tendo a faculdade de utilizarem o *ius postulandi*.
> Com o advento da Lei n. 8.906, de 4.7.1994, que, em seu art. 1º, I, disciplina que são atividades privativas da advocacia "a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais", a cizânia sobre a revogação ou não do art. 791 da CLT retornou à cena.
> O STF, no entanto, nos autos da ADI n. 1.127-8, proposta pela AMB-Associação dos Magistrados do Brasil, decidiu que a capacidade postulatória do advogado não é obrigatória nos Juizados de

> Pequenas Causas (atualmente, Juizados Especiais), na Justiça do Trabalho e na chamada Justiça de Paz. Nestes, as partes podem exercer diretamente o *jus postulandi*." (LEITE, Carlos Henrique Bezerra; *in* Curso de Direito Processual do Trabalho, editora LTr, 7ª edição, São Paulo, página 351/353). Destaques no original.

No caso dos autos, o MM. Juízo concedeu ao Autor o benefício da gratuidade de justiça (fl. 477). Contudo, o reclamante **dispensou a assistência sindical, estando assistido por advogado particular** (instrumento de mandato à fl. 12). Nesta linha de raciocínio, o Autor, apesar de vencedor na demanda, não preenche um dos dois requisitos exigidos (assistência sindical) para justificar a condenação das reclamadas ao pagamento de honorários advocatícios.

Por todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Ordinário do Autor.

DA MULTA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS

O recorrente pleiteia a exclusão da multa que lhe fora imposta por oposição de embargos de declaração considerados protelatórios. **Não há, entretanto, reparo a ser feito na condenação em apreço**.

O direito de recurso é assegurado no art. 5º, LV, da CF, nele se inserindo o direito à interposição de embargos de declaração. A alegação do então embargante não era despicienda, tanto que na presente decisão está sendo reconhecida a autonomia do pedido de reconhecimento da natureza salarial do direito de arena. Além do mais, não é razoável supor que a parte autora tenha, em regra, interesse em procrastinar o feito.

No caso dos autos, o Autor opôs Embargos de Declaração (fls. 482/484), alegando que a sentença foi omissa, ao não observar que: (a) as testemunhas comprovaram que o Autor estava submetido aos diretores da Reclamada e trabalhava diariamente; (b) o nome do Autor constava do expediente do jornal da 1ª ré e (c) a fraude perpetrada pelas Reclamadas foi comprovada pelos documentos de fls. 27/71.

Portanto, examinando os embargos de declaração, constato que não pretendia o Autor esclarecimentos acerca de omissões havidas na sentença, mas, sim, a reanálise de provas, para o que os Embargos de Declaração não são o meio adequado. Em verdade, o que desejava a Embargante é a reforma da sentença através dos embargos declaratórios. Somente o recurso aplicável à espécie, no caso em análise, recurso ordinário, é hábil a possibilitar a modificação do julgado.

Por isso, correta a sentença ao rejeitar os embargos declaratórios do Recorrente e condená-lo ao pagamento da multa no valor de 1% do valor da causa, por entender que visavam “exclusivamente rediscutir a sentença” (fl.487). Ainda que não fosse razoável supor que o Reclamante tivesse interesse em procrastinar o feito, no caso, está bem demonstrado que ele opôs os declaratórios com a exclusiva intenção de rediscutir fatos e provas, para o quê desservem os Embargos de Declaração. **NEGO PROVIMENTO, no tópico.**

DOS ACRÉSCIMOS À CONDENAÇÃO

Como a sentença rejeitou todos os pedidos formulados e, como visto acima, a parte reclamante obteve êxito em grau de recurso, é

necessário fixar os seguintes critérios e limites da condenação:

A natureza das parcelas deferidas é aquela prevista no art. 28 e parágrafos da Lei nº 8.212/91.

A 1ª reclamada deverá proceder ao cálculo, dedução e recolhimento dos valores devidos à previdência social e ao imposto de renda - (Provs. 01/96 e 02/93 da CG/TST), os quais serão abatidos do montante a ser pago à parte reclamante.

Juros e correção monetária, na forma da lei. O índice a ser adotado para a atualização monetária é aquele previsto na Súmula nº 381/TST.

A liquidação será realizada por simples cálculos.

Expeçam-se ofícios ao MPT, DRT e CEF, com cópia desta decisão, após o trânsito em julgado, em razão das irregularidades verificadas.

Custas em reversão, pelas rés, no valor de R$ 18.000,00, calculados sobre o valor de R$ 900.000,00, arbitrado à condenação.

III - D I S P O S I T I V O

ACORDAM os Desembargadores que compõem a 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, em **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao Recurso Ordinário do Reclamante, para: **(a)** declarar a nulidade do contrato de prestação de serviços por intermédio de

pessoa jurídica, e reconhecer a existência de vínculo de emprego entre o Autor e a 1ª Reclamada durante todo o período trabalhado; **(b)** condenar a 1ª reclamada a proceder às anotações do contrato de trabalho na CTPS do reclamante, com data de admissão em **1º/12/2004** (data do contrato de fl. 175), e demissão em **08/01/2011** (considerada a projeção do aviso prévio contado do distrato em 09/12/2010, fl. 20), na função de Subeditor, e com remuneração de R$ 3.000,00 (três mil reais). Deverá, ainda, ser anotada a promoção do Autor à função de editor, a partir de 1º/12/2007; **(c)** condenar a 1ª reclamada ao pagamento de: **(c.1)** saldo de salário de 9 dias do mês de dezembro/2010 (pedido "e") ; **(c.2)** aviso prévio (pedido "f"); **(c.3)** férias em dobro dos anos de 2004/2005 (que deveria ter sido usufruída em 2006, no período imprescrito), 2005/2006, 2006/2007, 2007/2008, e 2008/2009, acrescidas do terço constitucional; **(c.4)** férias simples do período de 2009/2010, acrescidas de 1/3; **(c.5)** férias proporcionais de 2010/2011 (1/12 avos), com 1/3 (pedidos "g", "h", e "i"); **(c.6)** 13º salários dos anos de 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, e proporcional de 2011 (pedidos "j" e "k"); **(c.7)** multa do art. 477 da CLT; **(c.8)** valores correspondentes aos depósitos de FGTS não efetuados, bem a assim a indenização compensatória do FGTS e indenização substitutiva do seguro desemprego; **(c.9)** horas extraordinárias laboradas além da 30ª semanal, no período em que o Reclamante laborou como Subeditor (da admissão até novembro/2007), segundo a jornada das 10 às 20 horas, com intervalo intrajornada de 30 minutos, de segunda a sexta-feira e em todos os feriados; e das 14:30 às 22 horas em um sábado e um domingo a cada 3 semanas; **(c.10)** uma hora extraordinária por dia trabalhado, com acréscimo de 50%, em razão da concessão parcial do intervalo para refeição e descanso, durante todo o período trabalhado; e **(c.11)** reflexos de todas as horas extraordinárias deferidas nas parcelas salariais e rescisórias; e **(d)** condenar a 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª , 8ª e 9ª

Reclamadas a responderem solidariamente com a 1ª ré pelos créditos devidos ao Autor, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator. Custas de R$ 18.000,00, calculadas sobre o valor de R$ 900.000,00, arbitrado à condenação, pelas rés.

Rio de Janeiro, 02 de junho de 2015.

MARCELO AUGUSTO SOUTO DE OLIVEIRA
Desembargador do Trabalho
Relator

MASO/ctj/mbm