



PROCESSO: 0000853-28.2010.5.01.0059 – RTOrd

Acórdão
2a Turma

Equiparação salarial. Requisitos legais.

Para a equiparação salarial é necessário o preenchimento de todos os requisitos legais (art.461 da CLT): mesmo empregador, identidade de função, mesma perfeição técnica e produtividade, diferença de tempo na função não superior a dois anos e contemporaneidade. Cumpre ao autor a prova do fato objetivo, isto é, a identidade de funções, cabendo ao réu a prova do fato subjetivo, ou seja, falta de igual perfeição técnica, falta de igual produtividade ou existência na função de tempo superior a 2 anos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **recurso ordinário** em que são partes DENISE DOS SANTOS DE SOUZA e INTERCONTINENTAL COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA – **recorrentes** e **recorridas** -, respectivamente.

Trata-se de **recurso ordinário** interposto por DENISE DOS SANTOS DE SOUZA e INTERCONTINENTAL COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA contra a decisão de f.227/234, complementada a f.245/246, prolatada pelo ilustre **Juiz George Luis Leitão Nunes**, da 59ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, que julgou **parcialmente procedentes** os pedidos.

A empregada diz pelas razões de f.248/258 que a sentença merece reforma quanto **(1)** às horas extras, intervalos e reflexos; **(2)** ao valor da indenização pelo uso indevido da imagem.

A empregadora diz pelas razões de f.259/271 que a sentença merece reforma quanto **(1)** às diferenças salariais; **(2)** à indenização pelo uso indevido da imagem.

Contrarrazões a f.277/298 e 301/314.

Ministério Público do Trabalho pediu o prosseguimento do feito porque a hipótese não é de intervenção obrigatória, nos termos da Lei Complementar nº 75/93, e porque a matéria não está no rol daquelas de que trata o ofício PRT/1ª região nº 27/08-GAB, de 5/1/2008.

É a síntese necessária.

VOTO

I — CONHECIMENTO

Não prospera a preliminar de não conhecimento do recurso da empresa por falta de dialeticidade (f.279), visto que o recurso preenche todos os requisitos para seu conhecimento. **Rejeito a preliminar.**

Recursos vindos a tempo e modo. Conheço-os.

II — MÉRITO

RECURSO DA EMPREGADORA

§1º DIFERENÇAS SALARIAIS

1 — **A autora se disse** admitida em 4/6/2003 como *operadora de caixa* e dispensada em 28/4/2010, quando recebia R\$589,34 por mês. Diz que muito embora exercesse trabalho idêntico ao da colega Alicia Avelino Alves, esta recebia salário superior ao seu, pois enquanto seu salário era de R\$534,03 em agosto/2009, a paradigma recebia R\$614,56, conforme comprovam os recibos juntados, razão pela qual pleiteia diferenças salariais decorrentes da equiparação à modelo, com anotação na CTPS. Faz os pedidos enumerados a f.11/13, juntando documentos (f.15/31). **A ré se defende pelas razões de f.52/61** com documentos (f.62/89), afirmando ser descabido o pedido de diferenças salariais por equiparação a Alicia Avelino Alves, pois embora ambas desenvolvessem as mesmas funções, a paradigma possuía maior produtividade e perfeição técnica. Contesta todos os pedidos e pugna pela improcedência. **Em audiência foi deferida perícia para apuração da equiparação salarial a requerimento da ré** (f.165), **vindo o laudo** (f.182/187), com anexos (f.188/201), sobre o qual se manifestaram as partes. **Na audiência de instrução foram ouvidos a autora** (f.223), **o preposto** (f.224) e **1 testemunha da parte autora** (f.225), encerrando-se a instrução (f.226). **Julgados parcialmente procedentes os pedidos** (f.227/234) **recorre a ré** insistindo na reforma da sentença quanto às diferenças salariais por equiparação à paradigma Alicia Avelino Alves; que a prova pericial está baseada unicamente em fatos narrados pela recorrida e paradigma e não em elementos técnicos, em especial à produtividade de cada uma, concluindo que a paradigma, quando transferida para a mesma loja da recorrida já contava com 24 meses e 9 dias de desempenho na função, além de que não foi observado pela sentença que a paradigma, antes da admissão da recorrida, já havia ganho vantagem pessoal consistente

em aumento salarial de 15% devidamente incorporado ao seu salário, justamente por apresentar ótima produtividade e ter atingido meta estabelecida em campanha motivacional. Assim, conclui-se que autora e paradigma possuíam mais de 2 anos na função quando começaram a trabalhar na mesma loja e a produtividade da paradigma, mesmo antes da contratação da recorrida, já havia sido premiada, com acréscimo salarial, o que são motivos suficientes para a diferença salarial ocorrida. Caso mantida a condenação, o percentual de 15% do salário-base pago à paradigma por reconhecimento de sua produtividade deverá ser descontado na apuração da parcela por se tratar de vantagem pessoal.

2 — Em tema de **equiparação salarial** cumpre **ao autor a prova do fato objetivo**, isto é, a identidade de funções, **cabendo ao réu a prova do fato subjetivo**, ou seja, falta de igual perfeição técnica, falta de igual produtividade ou existência na função de tempo superior a 2 anos entre o autor e seu modelo. **O laudo pericial** (f.182/187) foi categórico ao reconhecer o exercício de **idênticas funções entre autora e modelo, sem diferenças de produtividade ou perfeição técnica** (item “d” de f.186), bem como a **inexistência de tempo superior a 2 anos na função entre ambas**, pois quando a autora foi admitida em 4/6/2003 para trabalhar na filial Cascadura como operadora de caixa, a paradigma já exercia a mesma função na filial Tanque há mais de 22 meses e quando a paradigma foi transferida em 1º/8/2003 para a filial Cascadura e passou a trabalhar junto com a autora, ela já exercia a função de operadora de caixa na filial Tanque há mais de 24 meses, como se vê dos itens “b” e “c” de f.186. **Afirma ainda o laudo que “as diferenças dos salários da autora em relação aos percebidos pela paradigma originam-se do aumento espontâneo de 15% concedido pela reclamada em 1º/2/2002 em decorrência da campanha motivacional promovida em janeiro/2002”**. Ora, encontram-se preenchidos todos os requisitos do art. 461 da CLT, não havendo prova de que o aumento de 15% em fevereiro/2002 em razão de campanha motivacional tenha sido concedido unicamente à paradigma como vantagem pessoal e não a todos os empregados. Correta a sentença no ponto. **Apelo improvido.**

§2º

INDENIZAÇÃO PELO USO INDEVIDO DA IMAGEM

3 — **Disse a autora** que até o ano de 2006, no mês de setembro quando se comemora o aniversário do Supermercado, foi obrigada a trabalhar vestida com camisas fornecidas pela empresa nas quais constavam logotipos de diversos produtos por ela comercializados ou parceiros comerciais, tais como LG, Mastercard, entre outros. Afirma que a utilização das citadas camisetas, contra sua vontade, violou seu direito à imagem, pois não houve na celebração do contrato qualquer ajuste entre as partes que pudesse autorizar a empresa a forçá-la a utilizar as camisetas promocionais, pleiteando a

condenação da ré ao pagamento de indenização de 10 vezes sua maior remuneração. **A ré impugna o pedido**, embora admitindo que além do uniforme utilizado normalmente pela autora, no mês de aniversário da empresa, em setembro de 2005 e 2006, também utilizou camiseta com logomarcas de produtos ali comercializados, mas de modo facultativo e não obrigatório, o que não fere o direito de imagem do trabalhador, até porque ela não seria uma figura pública; que a adoção de camisetas promocionais está inserida no poder diretivo do empregador e, mesmo que assim não fosse, teria ocorrido perdão tácito pelo decurso do tempo sem reclamar. **Julgado precedente o pedido foi fixada indenização em R\$3.000,00.** Inconformada **recorre a ré** insistindo em sua tese e afirmando que não há no depoimento da recorrida a indicação de qualquer dor de ordem moral ou violação de sua imagem que pudesse acarretar indenização.

4 — **Dano moral** — a lição é de Savatier¹ — **é qualquer sofrimento que não seja causado por uma perda pecuniária**². É a “penosa sensação de ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em consequência deste, seja provocada pela recordação do defeito da lesão, quando não tenha deixado resíduo mais concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação ao ridículo tomada pelas pessoas que o defrontam”³. **Nem todo dano é indenizável.** Apenas o injusto o é. São danos **justos**, e portanto irreparáveis, os que provêm das forças da natureza ou do acaso (caso fortuito e força maior) e os definidos no direito posto (legítima defesa própria ou de terceiros, devolução da injúria, desforço pessoal, destruição de coisa para remoção de perigo, entre outros) ou aqueles causados pelo próprio lesado (culpa exclusiva da vítima). É claro que **nem todo sofrimento, dissabor ou chateação em razão de uma ofensa típica dano moral.** É necessário que a agressão **extrapole** os aborrecimentos **normais** de tantos quantos vivem em coletividade. O que se pode entender por “**aborrecimentos normais**” é também casuístico e depende de uma avaliação **objetiva** e **subjéctiva** que somente o juiz pode fazer diante do caso concreto. A doutrina recomenda que, na avaliação de situações de fato onde se pede reparação moral, o juiz siga a **lógica do razoável**, isto é, que tome por paradigma o meio-termo entre o homem frio e insensível e o homem extremamente sensível. Os danos morais são **inquietações graves do espírito, turbações de ânimo, desassossego aviltante e constrangedor** que tira a pessoa do eixo de sua rotina, a ponto de lhe impor sofrimento psicofísico cuja seqüela seja facilmente identificável se comparado o comportamento atual e aquele outro, anterior à conduta

1 *Traité de Responsabilité Civile*, v. II, n.525.

2 AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*, 11ª edição, 2006, Ed. Renovar, p.1008, diz, citando acórdão de Pedro Lessa: “O dano moral é o que se sofre como repercussão de um mal ou dano não conversível em dinheiro. A indenização por dano moral tem por fim ministrar uma sanção para a violação de um direito que não tem dominador econômico. Não é possível a sua avaliação em dinheiro, pois não há equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento. Quando se condena o responsável a reparar o dano moral, usa-se de um processo imperfeito, mas o único realizável, para que o ofendido não fique sem uma satisfação”.

3 AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Ed. Renovar, 2006, 11ª edição, p.1.009.

ofensiva⁴. **A recorrente tem razão.** Imagem é toda sorte de representação de uma pessoa, ainda que se trate do semblante ou de parte do corpo. O termo **imagem**, para o Direito, tem **duas** acepções distintas. **Na primeira**, entendida *in concreto*, imagem é *res* (coisa), bem de natureza material pertencente ao seu autor e obtida ou captada por qualquer meio físico, técnico ou artístico (*corpus mechanicum*), cuja proteção ou violação interessa ao direito autoral. **Na segunda**, é abstrata, extrapatrimonial, subjetiva e integra a esfera íntima da personalidade humana como direito moral que somente o dono pode usar, fruir e dispor como lhe aprouver, e esta, como pressuposto do *jus imaginis*, interessa à responsabilidade civil e, mais notadamente, à parte dele que se ocupa do dano moral pelo seu uso indevido ou desautorizado, porque é um dos direitos civis da personalidade. Exceto naqueles casos em que a imagem do indivíduo é associada a algum **ato** ou **fato** que contraria os **padrões médios de moralidade** e de **convívio social**, ou ao uso de **produtos notoriamente nocivos à saúde**, o seu **uso indevido** interessa ao direito não porque a divulgação da efígie do retratado constitua ato que lhe cerceie a liberdade, mas porque se trata de ato que contraria a **faculdade** do indivíduo em dispor, com exclusividade, da sua imagem, que é um dos direitos de sua própria personalidade. O direito à própria imagem é um direito moral porque a imagem é um prolongamento da personalidade humana, e ninguém, exceto o dono, pode dela dispor sem **inequívoca** autorização. É certo que o contrato de trabalho é de **atividade**, **não tem conteúdo específico** e resume uma **obrigação de fazer**. Se o **conteúdo** dessa atividade remunerada é exatamente a exposição do corpo, ou da imagem, não há exploração indevida dessa imagem exatamente porque o conteúdo específico do contrato de trabalho se realiza na sua exposição. É o caso, por exemplo, do modelo fotográfico que empresta a credibilidade, a juventude, a higidez da saúde ou o ideal de beleza de que se reveste a sua imagem, a produtos que tenham de passar à clientela exatamente essas qualidades, como forma de competição com a concorrência. O direito à proteção da imagem pode dar-se, portanto, sob dois prismas: ou a imagem do retratado é utilizada sem autorização para proveito comercial ou é associada a produto, fato ou evento que denigra a pessoa do retratado ou lhe crie qualquer tipo de constrangimento como consequência imediata dessa associação desautorizada. Se a imagem do retratado não acrescenta qualquer proveito àquele que dela se utiliza, evidentemente o pedido de reparação não pode ter por base a vantagem comercial daquele que dela se utiliza. **Na hipótese dos autos** sabe-se que a autora era operadora de caixa. Seu trabalho consistia em atender o público na loja da ré. A despeito de não ter sido acordada previamente a utilização do uniforme com logomarcas, este foi fornecido pela empresa e o fato é que o seu contrato de trabalho tinha por conteúdo específico a sua própria exposição (a exposição de sua imagem), de tal sorte que a inibição da veiculação da imagem implicaria a negação do próprio contrato, e não pode haver contrato sem objeto. Tratando-se de pessoa comum, é pouco

4 BITTAR, Carlos Alberto, *Op. et p.cit.*: "... os morais se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outros desse nível, produzidas na esfera do lesado. Atingem, respectivamente, a conformação física, a psíquica e o patrimônio do lesado, ou seu espírito, com as diferentes repercussões possíveis...".

provável que a sua imagem pudesse agregar ao produto algum valor além do intrínseco valor de uso, que decorre apenas da qualidade do produto. Por óbvio, se a sua atividade consistia em atender o público no caixa da loja da recorrente, não se pode ver nessa veiculação uso indevido de imagem, mesmo trabalhando com camisetas promocionais de fornecedores da ré. Neste caso, não há indenização possível. **Apelo provido para excluir da condenação o pagamento de indenização de R\$3.000,00 a título de uso indevido da imagem.**

RECURSO DA EMPREGADA

§1º

HORAS EXTRAS, INTERVALOS E REFLEXOS

1 — **A autora se disse** admitida em 4/6/2003 como *operadora de caixa* e dispensada em 28/4/2010, quando recebia R\$589,34 por mês. Diz que sua jornada de trabalho da admissão até dezembro/2008 foi de 13h30min às 22h30min, em média, de segunda a sábado, sempre com 1h de intervalo para as refeições, mais 3 domingos por mês de 9h às 16h, em média, com 15min para refeição e nos feriados que caíssem em dias de semana de 7h às 14h30min, com 15min de intervalo e se caíssem em domingos de 9h às 16h, com 15min de intervalo; que de janeiro/2009 até a dispensa trabalhou de 9h às 17h, em média, de segunda a sábado, com 1h de intervalo para refeições, mais 3 domingos por mês de 9h às 16h, com 15min de intervalo e nos feriados em dias de semana de 7h às 14h30min, com 15min de intervalo para refeições e caindo em domingos de 9h às 16h, com 15min de intervalo para refeições. Diz que os controles são idôneos quanto às marcações de entrada e saída e inidôneos quanto aos intervalos de domingos e feriados, pleiteando o pagamento de diferenças de horas extras, inclusive pelo intervalo nem sempre concedido integralmente, bem como seus reflexos, conforme se vê da emenda de f.49/50. Faz os pedidos enumerados a f.11/13, juntando documentos (f.15/31). **A ré se defende pelas razões de f.52/61** com documentos (f.62/89), afirmando que o horário declinado na inicial não condiz com o trabalhado efetivamente, estando majorados; que na verdade a autora sempre trabalhou nas seguintes jornadas: de segunda a sábado de 13h30min às 21h50min ou 14h30min às 22h50min, ou 12h30min às 20h50min, ou 7h30min às 15h50min, ou 9h às 17h20min, ou 8h30min às 17h50min, sempre com 1h de intervalo e folgas aos domingos; que os cartões de ponto sempre foram assinalados corretamente, indicando a verdadeira jornada e os intervalos sempre foram de 1h, pré-assinalados nos controles; que além do intervalo para refeição e descanso a autora usufruía de 2 intervalos de 15min para lanche, sendo descabido o pedido de diferenças de horas extras, pois estas sempre foram pagas e integradas corretamente. Contesta todos os pedidos e pugna pela improcedência. **Em audiência foi ouvida a autora (f.223) e o preposto (f.224) e 1 testemunha da parte autora (f.225), encerrando-se a instrução (f.226). Julgados parcialmente procedentes os**

pedidos (f.227/234) **recorre a autora** insistindo na reforma da sentença quanto a horas extras, intervalos e reflexos. Diz que a sentença desconsiderou os esclarecimentos prestados pela testemunha Regina quanto aos intervalos de 15min em domingos e feriados trabalhados, bem como não considerou a grande quantidade de registros apócrifos e faltantes, fato exposto nos seus embargos à execução, o que somado resulta em um total de 27 registros que nada esclarecem (16 apócrifos e 11 faltantes) em um período de 57 meses; que apesar de ter admitido registros de entrada e saída de forma correta, postulou horas extras trabalhadas e não recebidas e a testemunha Regina também foi clara sobre a jornada de 7h20min. Conclui afirmando que se desincumbiu de produzir prova da inexistência de intervalos de 1h em domingos e feriados trabalhados, tendo direito a ver reconhecida a jornada apontada na inicial para os períodos em que não vieram registros ou estes sejam apócrifos e, ainda, espera ver reconhecida a jornada ordinária de 7h20min, devendo ser reconhecidas como extras toda a carga horária que extrapolar 7h20min por dia trabalhado.

2 — Sem razão. A recorrente afirma que os controles são **idôneos quanto aos horários de início e término da jornada e inidôneos quanto aos intervalos de domingos e feriados**, informando que até o mês de dezembro/2008 trabalhou na jornada média de **13h30min às 22h30min, de segunda a sábado, com 1h de intervalo e 3 domingos por mês de 9h às 16h, com 15min de intervalo**, mas a jornada média apontada **não é confirmada após análise dos controles**, o que já retira credibilidade de suas afirmações. Conforme analisado na sentença, em dezembro/2005 praticamente iniciou sua jornada por volta de 14h, terminando entre 22h15min e 22h30min (f.70); no mês de janeiro/2006, iniciou por volta de 12h30min, saindo por volta de 21h; em abril/2006 a jornada média variou, havendo dias que entrava entre 12h15min/12h30min, saindo por volta de 20h50min, sendo em outros dias iniciou às 12h30min, às 7h26min ou até às 8h47min, saindo por volta de 14h51min, 15h50min ou até 17h23min, constatando-se que durante todo o período imprescrito os horários variaram, o que se tornou um óbice à adoção da jornada média apontada na inicial. Observou ainda a sentença que no dia 12/9/2006, a autora iniciou a jornada às 12h30min e terminou às 20h50min, o que importa em duração de 8h20min, e descontado o intervalo de 1h atinge jornada de 7h20min, devidamente consignada no controle de frequência; no dia 23/11/2006, iniciou às 12h31min, saindo às 21h54min, com 1h de intervalo (quinta-feira), o que importas em 8h23min trabalhados e devidamente registrados no controle de frequência (f.73), enquanto no quadro demonstrativo de horas extras que a recorrente apresentou (f.114) consignou horário de entrada às 12h26min e o de saída às 21h54min, encontrando total de 9h27min trabalhadas, não consignando corretamente o horário de entrada e não deduzindo o intervalo para alimentação admitido na inicial como sendo de 1h para os dias da semana, gerando diferença indevida de horas

extras em seus demonstrativos, o que mais uma vez retira credibilidade de suas afirmações. O fato de a recorrida não ter juntado alguns controles de frequência (11 ao todo) ou ter juntados alguns sem assinatura da empregada (16 ao todo), por si só, não gera presunção de que, nesses meses a autora tenha trabalhado na jornada alegada na emenda à inicial (f.49/50), uma vez que os demais controles demonstram que a jornada apontada não vinha se realizando nos demais meses, estando correta a sentença que indeferiu a aplicação do art. 359 do CPC para esses meses. Ademais, a autora recebia horas extras em seus recibos, verificando o juízo *a quo* que a empresa marcou corretamente os horários e a duração da jornada, realizando o pagamento das horas extras no mês subsequente com os adicionais de 50% e 100%, bem como o trabalho em feriados com adicional de 100%, além de que, quando a recorrente trabalhava além das 22h também apurou o devido adicional noturno, inexistindo as diferenças de horas extras apontadas. O fato de a testemunha Regina ter dito que “*aos domingos e feriados geralmente tiram 15 minutos de intervalo*” (f.221) apurou o juízo *a quo* que no dia 29/7/2007 (domingo – f.75) o início da jornada se deu às 8h47min e terminou às 15h e, deduzindo-se 15min de intervalo, temos 5 horas e 58min de jornada, não havendo que se falar em pagamento do intervalo do art. 71, §4º da CLT, nada tendo a ver o fato de Regina ter dito “*que no domingo a depoente pega às 7h20min e larga às 13h30min; que nos feriados, a depoente pega às 7h20min, largando por volta das 15h*” (f.221), visto que informou **o horário dela**, que **não** corresponde ao da recorrente, como visto acima, além de que **não disse** que a jornada ordinária era de 7h20min, mas que iniciava a jornada às 7h20min, o que é diferente. Correta a sentença que julgou improcedente o pedido e fica mantida no ponto. **Apelo improvido.**

§2º

VALOR DA INDENIZAÇÃO PELO USO INDEVIDO DA IMAGEM

3 — A recorrente requer a elevação do valor indenizatório pelo uso indevido da imagem para cerca de R\$7.000,00.

4 — Julgado improcedente o pedido, não há que se falar em elevação do valor indenizatório. **Apelo improvido.**

III — CONCLUSÃO

Do que veio exposto, **rejeito a preliminar** de não-conhecimento do recurso da empresa, **nego provimento** ao recurso ordinário interposto por DENISE DOS SANTOS DE SOUZA e **dou parcial provimento** ao apelo de INTERCONTINENTAL COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA para excluir da condenação o pagamento de indenização de R\$3.000,00

a título de uso indevido de imagem. Custas de R\$60,00, pela empregadora, sobre o valor de R\$3.000,00 ora arbitrado à condenação.

A C O R D A M os Juízes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, **rejeitar a preliminar** de não-conhecimento do recurso da empresa, **negar provimento** ao recurso ordinário interposto por DENISE DOS SANTOS DE SOUZA e **dar parcial provimento** ao apelo de INTERCONTINENTAL COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA para excluir da condenação o pagamento de indenização de R\$3.000,00 a título de uso indevido de imagem. Custas de R\$60,00, pela empregadora, sobre o valor de R\$3.000,00 ora arbitrado à condenação, em conformidade com a fundamentação do voto do juiz relator.

Rio de Janeiro, 31 de agosto de 2016.

Desembargador JOSÉ GERALDO DA FONSECA
Relator

\mar/RM