



PODER JUDICIÁRIO
 JUSTIÇA DO TRABALHO
 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO
 3ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LEOPOLDO
ATOrd 0020830-24.2020.5.04.0333
 RECLAMANTE: BRUNO MACHADO BORBA
 RECLAMADO: BALIZA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

Vistos, etc.:

(TR)

BRUNO MACHADO BORBA em 13/10/2020, ajuíza ação trabalhista contra **BALIZA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.**, postulando:

1. Reversão da justa causa em dispensa imotivada;
2. Verbas resilitórias;
3. Declaração de nulidade do regime compensatório;
4. Horas extras e reflexos;
5. Adicional de insalubridade;
6. Acúmulo de função e reflexos;
7. Indenização por dano moral;
8. Diferenças de FGTS;
9. Condenação da ré ao pagamento de honorários advocatícios.

O reclamante afirma que foi admitido pela reclamada em 14/05 /2019, para exercer o cargo de pedreiro, sendo dispensado por justa causa, em 08/09 /2020.

Requer o benefício da gratuidade da justiça.

Dá à causa o valor de R\$ 41.859,25.

Com base no art. 335 do CPC, dada a excepcionalidade decorrente da pandemia de COVID-19, determina-se a notificação da reclamada para que, no prazo de 15 dias, apresente defesa nos autos, sob pena de decretação de revelia e aplicação da penalidade de confissão quanto à matéria de fato.

A reclamada apresenta defesa e documentos.

É realizada perícia, com laudo no Id. 27fb210.

É realizada audiência de instrução Id. 566b61a, na qual é deferida a prova emprestada do Id. 1f8d6a8 (ata de audiência do processo nº 0020854-55.2020.5.04.0332).

É encerrada a instrução.

Razões finais remissivas.

Não há acordo.

É o relatório.

Isso posto:

Aplicabilidade da Lei nº 13.467/2017

Entendo que as alterações estabelecidas pela Lei nº 13.467/2017, quanto às questões de direito material, somente são passíveis de incidir em contratos em curso após sua vigência e que as pertinentes às questões processuais somente incidem nos processos ajuizados ou tramitando após sua vigência, sem prejuízo de atos praticados e consolidados sob a vigência da lei anterior.

Valores dos pedidos

Com base na previsão contida no art. 840, § 1º, da CLT, bem como no disposto nos artigos 291 a 293 do Código de Processo Civil (os quais são subsidiariamente aplicáveis ao Processo do Trabalho, conforme reconhecido no artigo 12 da Instrução Normativa nº 41/2018), este Juízo entende que a indicação dos valores atribuídos aos pedidos na inicial, sempre que não houver razão para a apresentação de pedidos genéricos, deve corresponder ao proveito econômico pretendido, de modo que corresponde ao limite pecuniário daqueles que forem acolhidos no todo ou em parte, ressalvados os acréscimos resultantes da atualização monetária e juros incidentes, uma vez que são considerados devidos, mesmo que não postulados, entendimento que vem aplicando em ações dos ritos ordinário e sumaríssimo.

Contudo, as 11 Turmas Julgadoras do E. TRT da 4ª Região têm entendido que os valores indicados na petição inicial das ações que tramitam sob o rito ordinário devem ser entendidos como mera estimativa, não limitando a condenação, diferentemente do que adotam quando os processos tramitam sob o rito sumaríssimo, nos quais 8 das 11 Turmas Julgadoras manifestam entendimento contrário, i. é, que o valor dos pedidos limita a condenação.

Por vezes, a única matéria recorrida vem a ser a limitação usualmente adotada neste juízo, o que não contribui com a celeridade dos processos,

em prejuízo da prestação jurisdicional, vez que prevalecerá na grande maioria dos casos, havendo recurso, o entendimento unânime ou majoritário do E. TRT.

Assim, embora convicto do acerto do entendimento até aqui adotado, e ressalvando entendimento pessoal em sentido diverso, em nome da celeridade processual passo a adotar o entendimento que tem sido consagrado pelo E. TRT da 4ª Região, para considerar que, tramitando a ação sob o rito ordinário, os valores atribuídos aos pedidos pela parte autora, ou pelos demandados em reconvenção, constituem mera estimativa da quantia eventualmente devida, sem o efeito de limitar a condenação, limitando-a, entretanto, nos processos que tramitam sob o rito sumaríssimo, o que deverá ser observado pela Secretaria.

Mérito

Reversão da justa causa. Verbas resilitórias.

O reclamante discorda da justa causa que lhe foi aplicada para extinção do contrato de emprego na data de 08/09/2020, reputando ausente motivo para aplicação da penalidade. Requer a desconstituição da justa causa e o pagamento do aviso-prévio e, com sua projeção, décimo terceiro salário, férias com 1/3, bem como a liberação do FGTS mediante alvará judicial acrescido de 40%, e a indenização do valor correspondente às parcelas do seguro desemprego.

A reclamada menciona que o reclamante quebrou a confiança e a fidúcia no contrato de emprego, em razão da participação em grupo de mensagens entre empregados do setor pós-obras, setor que cuida dos reparos posteriores ao término das obras dos empreendimentos imobiliários, inclusive com uso de telefone empresarial, descumprindo normas da empresa ao utilizar o equipamento para fins irregulares e ilícitos durante o horário de trabalho. Ressalta que o empregado Jonatan devolveu seu aparelho celular empresarial sem excluir as mensagens trocadas por aplicativo de mensagens com os colegas, oportunidade em que a empresa tomou conhecimento e teve acesso às conversas no citado grupo de mensagens. Assim, requer seja mantida a justa causa aplicada, com o indeferimento das parcelas postuladas pelo autor.

Analiso.

A despedida por justa causa, por se tratar da pena máxima aplicável ao empregado, necessita de prova robusta acerca da ocorrência dos fatos imputados ao trabalhador, sob pena de utilização do expediente meramente para fraudar direitos trabalhistas do empregado.

No caso dos autos, constou do documento de ID. cf7e511, como razões da despedida por justa causa em 08/09/2020, a prática de atos de indisciplina e

insubordinação, violando regras do contrato e da empresa, “após as devidas apurações da falta cometida, o que foi confirmado em inquérito administrativo e conversas de WhatsApp”, com base no disposto nas alíneas “c” e “h” do art. 482da CLT.

Saliento que, além de não ter sido juntado o suposto inquérito administrativo informado na comunicação de dispensa por justa causa, a prova dos autos não tem o condão de comprovar a prática de faltas de qualquer espécie pelo empregado, tendente a justificar a mais grave das penalidades, consistente na extinção contratual por justa causa do empregado.

É incontroverso nos autos que o autor fez parte, através de seu telefone celular particular, do grupo de *WhatsApp* denominado *colegas do pós-obra*, tendo constado sua identificação nas conversas reproduzidas nos autos pela parte ré como *Bruno Baliza*, conforme Ata Notarial de ID. 8148127 - Pág. 2.

Nem mesmo vislumbro, porém, nas mensagens postadas pelo trabalhador – que em sua maioria ocorreram fora do horário de trabalho – prática de “negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço” ou prática de ato de “indisciplina ou insubordinação”.

Ainda, em momento algum o reclamante faz apologia às drogas ou orienta colegas a apresentarem atestados falsos ao empregador, conforme afirma a ré em defesa.

As mensagens enviadas pelo autor, e que a reclamada nem se deu ao trabalho de identificar, contêm apenas referências jocosas aos colegas, sem natureza ofensiva; brincadeiras relacionadas ao futebol e ao anedotário que costuma transitar em aplicativos do gênero entre grupos de amigos ou colegas de trabalho.

A testemunha Jennifer, ao depor nos autos do processo nº 0020854-55.2020.5.04.0332, cuja ata (ID. 1f8d6a8) foi admitida como prova emprestada nestes autos, com a concordância de ambas as partes, nos termos da ata de ID. 566b61a, informou o que segue:

(...) que a depoente tomou conhecimento da existência de um grupo de *WhatsApp* do qual o empregado Jonathan fazia parte; que Jonathan foi despedido e como utilizava um aparelho de celular fornecido pela reclamada, devolveu o aparelho; que como esse aparelho é fornecido para outro trabalhador, o pessoal do TI sempre faz a “limpeza” do aparelho; que como esse aparelho tinha o *WhatsApp* ativo, o pessoal do TI entregou o aparelho para que a supervisora verificasse se havia alguma informação importante sobre os serviços executados que deveria ser mantida; que então a supervisora descobriu o grupo de *WhatsApp*; que nesse aparelho havia outras conversas de *WhatsApp* do empregado Jonathan, tanto de natureza privada quanto do trabalho; que não recorda se

havia outros grupos de conversa em atividade; que no referido grupo havia fotografia da supervisora, o que lhe chamou a atenção, e fez com que ela acessasse o conteúdo do grupo; que também havia fotos pornográficas e algumas mensagens que poderiam levar à compreensão de que se tratava de indução à prática de furto e apresentação de atestados médicos falsificados; que a depoente se recorda de ter criado um grupo do pós-obra para facilitar a comunicação; que não recorda se isso ocorreu antes ou depois da saída do reclamante, mas acredita que o reclamante não fizesse parte desse grupo; que somente participavam do grupo de WhatsApp criado pela depoente empregados com os aparelhos telefônicos fornecidos pela reclamada; que não havia outro grupo de WhatsApp oficial da reclamada com os empregados; que as chefias se comunicavam com o pessoal que estava na obra por meio de ligação telefônica ou mensagem de WhatsApp; que no período em que a depoente trabalhou diretamente com o reclamante ele não tinha aparelho de telefone celular fornecido pela reclamada; que o grupo de WhatsApp não era oficial da reclamada e sim criado pelos seus integrantes (...)

Assim como o trabalhador que ajuizou o processo nº 0020854-55.2020.5.04.0332, o autor não utilizava telefone celular da empregadora, mas uma linha particular, sendo que, apesar de a reclamada ter trazido aos autos ordem de serviço proibindo o uso de celulares “para fins particulares, durante a jornada de trabalho” (ID. 309e365 - Pág. 1), a testemunha reconhece que a chefia fazia contato com os celulares particulares dos empregados para se comunicar com eles, corroborando o quanto informado pelo próprio autor na manifestação de ID. 652d00e - Pág. 2.

Logo, o empregado mantinha a posse do seu aparelho de celular durante a jornada para se comunicar com a empresa, meio eleito pelo próprio empregador para tal fim, inexistindo qualquer evidência nos autos de que o autor tenha sido advertido ou suspenso anteriormente em decorrência do uso inadequado deste meio telemático no ambiente de trabalho, em evidente aplicação desproporcional da penalidade máxima para rompimento do contrato de trabalho.

Ainda, conforme já mencionado, foram raras as oportunidades em que o autor, especificamente, enviou mensagens em horário de trabalho, todas realizadas através de seu telefone celular particular, e geralmente não relacionadas ao labor. O que houve, portanto, foi flagrante invasão de privacidade e de sigilo de dados por parte do empregador, a despeito da reclamada ter acessado o conteúdo das conversas por meio do celular da empresa.

Aliás, o grupo, ao que tudo indica, não se destinava a atividades relacionadas ao trabalho, não se podendo presumir que o autor soubesse que o aparelho pelo qual participava um dos colegas fosse um telefone corporativo ou cedido em razão da função que exercia.

Pode-se até dizer que, do ponto de vista do autor, houve invasão de sua privacidade e quebra ilegal do sigilo de suas comunicações telemáticas ao ter as conversas invadidas e perscrutadas pelo empregador, sem autorização judicial ou própria, uma vez que o empregador delas não participava em tal condição.

Sobre a questão, transcrevo, como razão de decidir, trecho pertinente da sentença proferida pela **Exm^a Juíza do Trabalho Janaína Saraiva da Silva, nos autos do processo nº 0020854-55.2020.5.04.0332**, que conclui no mesmo sentido:

Ainda que a reclamada tenha acessado o conteúdo das conversas através de celular da empresa, utilizado por outro empregado, em relação ao reclamante houve invasão de privacidade e de sigilo de dados, mais se aproximando a utilização do conteúdo das mensagens em face do reclamante de abuso de direito do empregador.

Em tempos de massiva proliferação de dados e informações em redes sociais, e-mails, aplicativos de mensagens, a Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD (Lei 13.709/18) estabelece diretrizes a fim de serem evitados abusos, "com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural", conforme previsto em seu artigo 1º. Nesse sentido, no âmbito do contrato de emprego, deve o empregador observar as regras da LGPD visando a respeitar a privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais, como prevê o artigo 2º da LGPD.

Sobre este tema, o Des. Manoel Cid Jardon, integrante da 5ª Turma do TRT da 4ª Região, em julgamento proferido em 30.11.2021, asseverou nos fundamentos do voto que proferiu:

"O poder de fiscalização do empregador não deve se sobrepôr aos direitos fundamentais do empregado, tais como o da inviolabilidade de dados.

Sobre o uso de dados, a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD), dispõe em seu art. 6º, inciso III, sobre o princípio da necessidade, o qual estabelece que somente devem ser coletados os dados mínimos necessários para atender às finalidades do tratamento. Por exemplo, dados referentes à vida particular do empregado,

como troca de mensagens em aplicativos de comunicação pessoal, certamente serão vistos como excessivos à finalidade do monitoramento e, portanto, seu tratamento pode ser considerado ilícito. Este entendimento, inclusive vai ao encontro do posicionamento majoritário atual dos tribunais do trabalho, que têm se manifestado no sentido de que não é lícito o monitoramento de ferramentas de comunicação privadas do empregado, como seu e-mail pessoal." (TRT da 4ª Região, 5ª Turma, 0020380-59.2020.5.04.0405 ROT, em 30/11/2021, Desembargador Manuel Cid Jardim - Relator) (grifou-se).

E, no referido julgado, citando Marcelo de Palmas Brito (in O monitoramento de e-mails e redes sociais na relação de emprego à luz da LGPD. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/344720/o-monitoramento-de-emails-e-redes-sociais-em-emprego-a-luz-da-lgpd>), explicou que:

(...) quanto à possibilidade do empregador realizar o monitoramento de e-mails dos empregados e, por extensão, das demais redes sociais que sejam por eles utilizadas, a jurisprudência trabalhista majoritária, encontrando uma solução que se afigura apropriada, buscou diferenciar o e-mail particular do empregado do e-mail corporativo, o institucional fornecido pelo empregador para a comunicação empresarial e, em geral, para o exercício dos direitos e dos deveres oriundos do contrato de emprego. (sublinhou-se).

Este raciocínio alcança o uso de e-mails, mas também aplicativos de mensagens, ou mesmo as redes sociais, em que não se pode confundir o uso corporativo e o uso pessoal.

Portanto, para que as informações e dados pessoais obtidos de contas privadas possam ser mineradas e tratadas pelo empregador, é necessária autorização do titular, finalidade específica e cancelável. No caso dos autos, mesmo que as mensagens tenham sido trocadas com colega que utilizava o telefone da empresa, não podem ser consideradas para fim de caracterização de insubordinação ou indisciplina no trabalho, porque em relação ao reclamante tratava-se de conta pessoal em aparelho e linha particulares e não houve autorização dele para o acesso do conteúdo em relação a si mesmo.

Poder-se-ia cogitar de casos em que os dados ou informações sejam tão graves em face do empregador que autorizariam o seu uso. De fato, para que sejam utilizadas pelo empregador, o conteúdo efetivamente deve ser reprovável do ponto de vista jurídico, ilícito quiçá, como é o caso de cometimento de delitos.

A investigação policial quanto à prática de crime é atribuição do Estado, não cabendo ao particular - pessoa física ou jurídica - imiscuir-se em tal prerrogativa. Portanto, se houve ocorrência de crime no ambiente laboral, envolvendo empregados, caberia à empresa notificar a autoridade policial, além de proceder à apuração administrativa a fim de aplicar a punição máxima ao empregado, ou seja, a justa causa. Todavia, não há prova de que esses procedimentos tenham sido adotados, embora a reclamada afirme ter procedido investigação na esfera administrativa para apuração de fatos referidos nas trocas de mensagens e sua veracidade.

Mesmo que seja de todo reprovável referência a questões do trabalho nas conversações acessadas, tratando-se de mensagens privadas trocadas por meio de celular particular do reclamante, sem aferição efetiva de veracidade, não se mostram presentes os requisitos à justa causa, notadamente a falta de proporcionalidade entre a punição e a falta, além da ilicitude no acesso e no tratamento dos dados em relação ao reclamante. Acresça-se que não há notícia de que o autor apresentasse conduta indisciplinada ou que já tivesse, anteriormente, sido advertido por seus superiores por apresentar conduta indevida no ambiente de trabalho.

Veja-se, pois, fundamentos de precedente do TST sobre a desproporcionalidade da medida de justa causa em caso de uso de e-mail corporativo ou aparelho tecnológico por empregado (RR-447-94.2011.5.04.0024, 5ª Turma, Relator Ministro Emmanoel Pereira, DEJT 28/08/2015):

"(...) igualmente inviável a constatação da alegada ofensa ao art. 482, "d", da CLT, na medida em que a utilização de e-mail corporativo e/ou aparelho tecnológico do ambiente laboral em atividade externa e privada do empregado não é motivo suficiente para a ruptura do contrato de trabalho por justa causa, ante a ausência de prévia e gradativa cominação de

penalidade compatível com a referida infração, o que fere a proporcionalidade e a razoabilidade no uso do poder disciplinar patronal, o qual não legitima a aplicação da chamada penalidade per saltum, sob pena de se desprestigiar o caráter sancionatório-pedagógico das penalidades passíveis de imposição ao empregado." (RR-447-94.2011.5.04.0024, 5ª Turma, Relator Ministro Emmanoel Pereira, DEJT 28 /08/2015).

Por se tratar de despedida por justa causa, a sua aplicação exige cuidado especial pelo empregador, face à gravidade da penalidade, com o intuito de esclarecer todos os fatos que levam o empregador a aplicá-la. Assim, não há como ser acolhida a justa causa imputada ao reclamante, porquanto não se verifica proporcionalidade entre a falta e a pena aplicada e pela inobservância das regras da LGPD no acesso de dados em aplicativo de mensagens.

Diante disso, declaro a nulidade da despedida por justa causa do autor, ocorrida em 08/09/2020, convertendo-a em despedida imotivada, por iniciativa do empregador, e defiro ao reclamante o pagamento das seguintes verbas resilitórias: aviso-prévio indenizado proporcional ao tempo de serviço – R\$ 1.861,73, 13º salário proporcional – R\$ 1.396,29, férias proporcionais acrescidas de um terço – R\$ 1.034,29 e multa de 40% sobre o FGTS - R\$ 953,20.

Expeça-se alvará em favor do autor para liberação do FGTS depositado em conta vinculada, sendo que a multa de 40%, que incide sobre a totalidade do FGTS do período de vigência do contrato, deverá ser depositada em conta vinculada do autor para posterior expedição de alvará pela Secretaria para liberação.

Rejeito o pagamento de diferenças de FGTS do pacto laboral, haja vista que a reclamada comprovou a realização dos depósitos de março, abril e maio de 2020, de modo parcelado, conforme previsto na Medida Provisória n. 927 /2020 (ID. 3ddb341 e seguintes). Indefiro o pedido.

Ainda, expeça-se alvará para habilitação no seguro-desemprego, a qual estará, porém, condicionada à observância dos demais requisitos pelo órgão competente.

Dano moral

Requer o autor o pagamento de indenização por dano moral em decorrência injusta despedida por justa causa. Afirma que se sentiu diminuído em sua dignidade e honra, tendo sido rechaçado pela empresa ré sem motivo que justificasse o ato demissional infundado praticado pela reclamada. Considera que tais fatos lhe causaram abalo moral, passível de indenização.

Analiso.

Para que haja responsabilidade civil com o dever de indenizar, é preciso a presença de três requisitos: o dano, a conduta culposa e o nexo causal entre ambos (art. 7º, XXVIII, da CF/88 c/c artigos 186 e 927 do CC, aplicável subsidiariamente por força do art. 8º da CLT).

O dano moral decorre de lesões aos direitos de personalidade, como a honra, a intimidade e a imagem (CF, art. 5º, X e CC, arts. 11 e ss). A Constituição Federal valorou sobremaneira a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), sendo princípio informador de todo o ordenamento, o qual fundamenta também a indenização por danos morais.

No caso em tela, embora a reversão da despedida por justa causa, por si só, não configure abalo moral passível de indenização, restou demonstrado que houve violação à privacidade do trabalhador e imputação de fatos, e até mesmo crimes, por ele não praticados, em evidente prática de ato ilícito pelo empregador, tendente a causar abalo moral ao trabalhador.

Ressalto que do exame do pedido referente à reversão da justa causa aplicada pelo empregador, o juízo não constatou, nas mensagens postadas pelo trabalhador no grupo privado formado com colegas de trabalho no WhatsApp – que em sua maioria ocorreram fora do horário de trabalho – circunstância em que o autor tenha feito apologia às drogas, ou orientado colegas a apresentarem atestados falsos ao empregador, fatos que lhe foram imputados, indevidamente, pelo empregador.

Some-se a isso o fato de que o acesso e o uso dos dados obtidos em aplicativo de mensagens pela reclamada configura violação à privacidade e à intimidade do empregado, direito garantido pela Constituição Federal, visto que as conversas acessadas eram de cunho pessoal, em conta e em celular móvel particular do autor, tal circunstância caracteriza dano moral *in re ipsa*.

Assim, defiro à parte autora o pagamento de indenização por dano moral, por ofensa que considero gravíssima e, considerando não apenas os critérios do art. 223-G da CLT mas a limitação imposta ao pedido pela petição inicial, a arbitro em R\$ 9.308,65, valor a ser corrigido a partir da distribuição da ação.

Horas extras

Alega o autor que realizou horas extras habituais, as quais não foram corretamente adimplidas. Sustenta que a reclamada não observou corretamente a contagem minuto a minuto e considera nulo o regime compensatório adotado pela ré. Postula, em face disso, o pagamento de horas extras, com reflexos em repouso semanal remunerado, aviso prévio, férias acrescidas de um terço, 13º salários e FGTS com multa de 40%.

Analiso.

Vieram aos autos os controles de jornada (ID. bb77e58), os quais não foram impugnados, de modo que os considero válidos como meio de prova da jornada de trabalho do reclamante. Com relação à compensação de jornada adotada pela ré, constato que está em consonância com o previsto nas normas coletivas da categoria profissional do autor (ID. 03df7a7 e seguinte), a qual se aplica mesmo a atividades consideradas insalubres (cláusula 27ª, 03df7a7 - Pág. 11).

Destaco ainda que no período de vigência da Lei 13.467/17, ocorre a expressa previsão no sentido de ser possível à norma coletiva afastar a necessidade de prévia autorização ministerial para compensação de horário, art. 611-A, inciso XIII, da CLT. Há previsão normativa neste sentido. Da mesma forma, também após a vigência da Lei 13.467/17, a realização de horas extras habituais não afasta a validade dos regimes compensatórios adotados, nos termos parágrafo único do art. 59-B da CLT.

Válido, por conseguinte, o regime compensatório de jornada adotado pela ré.

Confrontando os controles de jornada e os contracheques de ID. 9af647d, constato que as horas extras prestadas, que não tenham sido regularmente destinadas à compensação, foram devidamente adimplidas. Considerando que o autor, na manifestação de ID. 652d00e, não apontou, nem mesmo por amostragem, diferenças que entendesse devidas, encargo que lhe competia e do qual não se desincumbiu, concluo que as horas extras prestadas foram integralmente compensadas, de modo válido regular, ou adimplidas ao longo do pacto laboral, nada sendo devido ao autor.

Indefiro os requerimentos no tópico.

Diferenças do adicional de insalubridade

Postula a autor o pagamento de diferenças do adicional de insalubridade do grau médio para o grau máximo, com reflexos em horas extras, aviso prévio, 13º salários, férias acrescidas de um terço e FGTS com multa de 40%.

Analiso.

Na inspeção realizada, o perito concluiu que o autor laborou em condições insalubres em grau médio, durante o período contratual, nos termos do Anexo 13 da NR-15 (ID. 27fb210).

O laudo pericial foi realizado com base nas informações prestadas por ocasião da visita e nos documentos constantes dos autos. Não há no laudo elementos divergentes ou obscuros.

Embora o autor tenha impugnado as conclusões periciais, não há nos autos qualquer elemento que indique que as condições de fato descritas do laudo não condizem com a realidade, assim, acolho o laudo por seus próprios fundamentos. Logo, adoto as conclusões do perito do juízo como razão de decidir, e concluo que o autor laborou em condições insalubres em grau médio durante todo o pacto laboral.

Com relação à base de cálculo do adicional de insalubridade, saliento que a Súmula n. 228 do TST encontra-se suspensa em razão da liminar concedida pelo STF em 15/07/08, nos autos da Rcl 6.266-MC/DF, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI. Embora declarada pelo STF a inconstitucionalidade da utilização do salário-mínimo como indexador de qualquer vantagem salarial (Súmula vinculante n. 4), tal parâmetro ainda deverá ser adotado para o cálculo da parcela enquanto não editada lei estabelecendo parâmetro distinto.

Também não pode ser usado o salário-base, como pretende o autor. Em que pese a inconstitucionalidade do art. 192 da CLT, na parte em que adota o salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, não cabe ao Poder Judiciário criar novo critério por decisão judicial, nos termos da Súmula Vinculante n. 4 do STF. Até que seja editada lei estabelecendo base de cálculo distinta, o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado sobre o salário-mínimo.

Assim, e considerando que o adicional de insalubridade em grau médio foi devidamente adimplido ao autor durante todo o pacto laboral, inexistem diferenças devidas em seu favor.

Indefiro a pretensão do autor.

Acúmulo de função

Alega o autor que além das atividades de pedreiro, exerceu a função de a função de pintor e motorista. Requer o pagamento do valor de R\$ 5.772,80 e reflexos.

Analiso.

O acúmulo de funções ocorre quando há acréscimo de funções para as quais o empregado não foi contratado, sem qualquer modificação no seu padrão salarial.

Havendo o acúmulo de funções, o empregado faz jus a um acréscimo salarial, uma vez que a utilização desvirtuada da força de trabalho do empregado configura alteração ilícita do contrato de trabalho (art. 468 da CLT), causando o enriquecimento ilícito do empregador.

Por outro lado, não é devido o aumento salarial, quando as atividades acumuladas pelo trabalhador são inerentes à função para a qual foi contratado ou compatíveis com a sua condição pessoal (art. 456, parágrafo único, da CLT).

Com efeito, o salário mensal contempla as atividades exercidas pelo trabalhador dentro da jornada de trabalho, desde que inerentes ao desempenho do cargo exercido e compatíveis com sua condição pessoal.

No caso concreto, o conjunto probatório não indica o exercício, pelo autor, de atividades estranhas ou incompatíveis com a função para a qual foi contratado. Ressalto que o autor não comprova a alegação de ter exercido a função de pintor ou de motorista, ônus que lhe cabia, nos termos do artigo 818 da CLT. Destaco que, de qualquer forma, a atividade de pintor é compatível com o cargo contratado.

Portanto, indefiro.

Juros e correção monetária.

Quanto aos critérios aplicáveis, em obediência ao decidido pelo STF na ADC 58, em julgamento proferido em 18-12-2020, a correção monetária do crédito, até a data do ajuizamento da ação, deve observar o IPCA-E. A contar do ajuizamento deve ser adotado, como taxa de juros, o índice SELIC, neste abrangidos tanto a correção monetária quanto os juros de mora.

Não havendo, contudo, como identificar o que constitui atualização e o que constitui juros, determino que a aplicação da SELIC seja computada na rubrica juros, considerados isentos de IR.

Recolhimento previdenciário e fiscal.

Autorizo o recolhimento previdenciário no valor de R\$ 858,46, em relação à cota patronal e o desconto da parte autora, no montante de R\$ 386,30. Não há incidência fiscal.

Justiça gratuita. Honorários advocatícios e periciais.

Aplica-se ao caso dos autos a nova redação do § 3º e do § 4º do art. 790 da CLT, *in verbis*:

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

Assim, em ações ajuizadas a partir de 11-11-2017, como ocorre no caso em apreço, é cabível a concessão da Justiça Gratuita somente àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, ou seja, igual ou inferior a R\$ 2.834,88, já que o limite máximo é de R\$ 7.087,22, conforme a Portaria Interministerial MTP/ME nº 12, de 17 de janeiro de 2022.

É incontroverso que o autor recebia remuneração mensal em valor inferior ao previsto no art. 790, § 3º, da CLT, de modo que defiro o benefício da gratuidade da justiça.

Deverão as partes pagar honorários advocatícios de sucumbência recíproca, no percentual de 10% proporcionalmente à sucumbência de cada litigante, suspensa a exigibilidade dos honorários devidos pelo reclamante em razão da concessão do benefício da gratuidade.

Assim, condeno a reclamada ao pagamento de honorários de sucumbência de 10% do valor bruto da condenação ao procurador da parte autora.

Honorários periciais de R\$ 1.800,00, pelo autor, dispensado do pagamento. Expeça-se requisição de pagamento de honorários ao perito, observado o limite fixado na regulamentação pertinente.

Ante o exposto,

Apreciando a ação de **BRUNO MACHADO BORBA** contra **BALIZA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA.**, declaro a reversão da justa causa em dispensa imotivada e julgo parcialmente procedente a ação, condenando a reclamada a pagar ao reclamante as seguintes parcelas, observados os critérios da fundamentação:

1. Aviso-prévio indenizado - R\$ 1.861,73;
2. 13º salário proporcional – R\$ 1.396,29;
3. Férias proporcionais acrescidas de um terço – R\$ 1.034,29;
4. Multa de 40% sobre o FGTS - R\$ 953,20;
5. Indenização por danos morais - R\$ 9.308,65, valor a ser corrigido a partir da distribuição da ação;
6. Honorários em favor do advogado do reclamante, arbitrados em 10% do valor bruto da condenação (R\$ 14.554,16) - R\$ 1.455,41.

Expeça-se alvará em favor do autor para liberação do FGTS depositado em conta vinculada, sendo que a multa de 40%, que incide sobre a totalidade do FGTS do período de vigência do contrato, deverá ser depositada em conta vinculada do autor e posteriormente expedido alvará pela Secretaria para liberação. Defiro a expedição de alvará pela Secretaria, para encaminhamento do seguro desemprego. A sentença é líquida. Autorizo o recolhimento previdenciário no valor de R\$ 858,46, em relação à cota patronal e o desconto da parte autora, no montante de R\$ 386,30. Não há incidência fiscal. É concedido benefício da Justiça Gratuita à parte autora. Honorários periciais de R\$ 1.800,00, pelo autor, dispensado do pagamento. Expeça-se requisição de pagamento de honorários ao perito, observado o limite fixado na regulamentação pertinente. Custas de R\$ 320,19, calculadas sobre R\$ 16.009,57, pela reclamada. Intimem-se as partes. Cumpra-se após o trânsito em julgado. NADA MAIS.

SAO LEOPOLDO/RS, 12 de agosto de 2022.

MAURICIO SCHMIDT BASTOS
Juiz do Trabalho Titular



Assinado eletronicamente por: MAURICIO SCHMIDT BASTOS - Juntado em: 12/08/2022 12:55:06 - 70ff67b
<https://pje.trt4.jus.br/pjekz/validacao/22081014515224900000116506739?instancia=1>
Número do processo: 0020830-24.2020.5.04.0333
Número do documento: 22081014515224900000116506739



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO
3ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LEOPOLDO
ATOrd 0020830-24.2020.5.04.0333
RECLAMANTE: BRUNO MACHADO BORBA
RECLAMADO: BALIZA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

Vistos etc.

Os Recursos Ordinários e Adesivo interpostos pelas partes são cabíveis e formalmente regulares. As partes são legitimamente interessadas e estão atendidos os pressupostos de tempestividade e preparo (depósito recursal e custas). Inexiste fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer.

Recebo, portanto, os recursos.

Dê-se ciência aos litigantes para contrarrazões, querendo, no prazo legal.

Após, ao TRT.

SAO LEOPOLDO/RS, 31 de agosto de 2022.

MAURICIO SCHMIDT BASTOS
Juiz do Trabalho Titular



Assinado eletronicamente por: MAURICIO SCHMIDT BASTOS - Juntado em: 31/08/2022 11:22:19 - 575f694
<https://pje.trt4.jus.br/pjekz/validacao/22082912043039100000117414097?instancia=1>
Número do processo: 0020830-24.2020.5.04.0333
Número do documento: 22082912043039100000117414097



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

Identificação

PROCESSO nº 0020830-24.2020.5.04.0333 (ROT)

RECORRENTE: BRUNO MACHADO BORBA, BALIZA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

RECORRIDO: BRUNO MACHADO BORBA, BALIZA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA

RELATOR: FABIANO HOLZ BESERRA

EMENTA

DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA. REVERSÃO. ATO DE INDISCIPLINA E INSUBORDINAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. A despedida por justa causa, em razão da sua natureza e consequências severamente prejudiciais ao trabalhador, exige prova irrefutável. Ao empregador cabe demonstrar a veracidade das alegações, ao enquadrar a atitude do empregado nas hipóteses do art. 482 da CLT, conforme arts. 818 daquele mesmo diploma legal, e 373, inc. I, do CPC. Caso dos autos em que não ficaram comprovados os fatos apontados pela empregadora para a dispensa por justa causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, **DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA, Baliza Empreendimentos Imobiliários Ltda., para, nos termos da fundamentação, reduzir o valor da indenização por danos morais para R\$ 5.000,00, mantidos os demais critérios definidos na sentença. Por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE.** Valor da condenação reduzido em R\$ 4.300,00 e custas proporcionalmente minoradas em R\$ 86,00.

Intime-se.

Porto Alegre, 14 de dezembro de 2022 (quarta-feira).



RELATÓRIO

As partes recorrem da sentença de ID. 70ff67b, que julgou parcialmente procedentes os pedidos.

A reclamada busca a reforma quanto a reversão da justa causa, dano moral e honorários sucumbenciais (ID. 3bdb126).

O reclamante, pela via adesiva, pretende a reforma em relação à nulidade do regime compensatório (ID. 3bdb126).

Com contrarrazões da reclamada (ID. 5ede650) e do reclamante (ID. f4b97c7), os autos vêm ao Tribunal para julgamento e são distribuídos a este Relator, na forma regimental.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

I - RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA

1. Justa causa. Reversão

A reclamada não se conforma com a sentença que reverteu a dispensa do reclamante por justa causa em despedida imotivada. Aduz que: 1) a fundamentação da decisão, no sentido de que a empresa "*não deveria ter acessado o conteúdo*" é totalmente irreal, haja vista que se tratava de conteúdo que estava no celular funcional de um empregado; 2) a sentença claramente chancela condutas irregulares e ilícitas no ambiente laboral, as quais foram provadas de forma ampla no processo e confessadas pelo reclamante; 3) está sendo condenada ao pagamento de quase R\$ 10.000,00 a título de dano moral por ter rescindido o contrato na modalidade justa causa, valor este que ultrapassa o próprio valor das rescisórias; 4) não há qualquer violação à Lei Geral de Proteção de Dados, pois a recorrente tem o dever legal de apurar condutas ilícitas e irregulares dentro da empresa, o que é inegável, inclusive como se vê da sentença proferida ao referir que "*poder-se-ia cogitar de casos em que os dados ou informações sejam tão graves em face do empregador que autorizariam o seu uso*"; 5) a própria LGPD autoriza o tratamento de dados para fins da atividade regulatória do controlador (empregador), independentemente do consentimento do titular, nos termos de seu artigo 7º; 6) a recorrente tinha o dever legal de apurar irregularidades na empresa, especialmente porque a prova produzida indica questões de assédio em relação a outra empregada (coordenadora do setor), armazenamento de drogas dentro da empresa, apresentação de atestados falsificados, conteúdo que foi disponibilizado livremente em aparelho telefônico da própria empresa; 7) incabível pedir autorização do empregado para "tratar dados" que estavam em aparelho da



empresa, para a finalidade única da atividade regulatória do controlador; 8) considerado que o telefone celular da empresa continha a ferramenta "Whatsapp" como analogia ao e-mail corporativo, o entendimento do Magistrado singular não subsiste, uma vez que o Tribunal Superior do Trabalho já se manifestou quanto à possibilidade de checagem das ferramentas de trabalho, inclusive eletrônicas; 9) não é admissível a conduta praticada pelo reclamante, especialmente no tamanho da gravidade que envolve do presente caso; 10) não é crível que o Juízo se valha de uma interpretação equivocada acerca da utilização de dados, mormente diante de conteúdos relacionados a armazenamento drogas, conteúdo de cunho sexual, situações envolvendo assédio com a supervisora, apresentação de atestados falsificados, entre outros; 11) a recorrente levou o telefone celular com o conteúdo das mensagens para registro de ata notarial (ID. a7f2967); 12) parte das conversas totalmente impróprias ocorriam no próprio horário de expediente, como se observa dos horários das mensagens, não cabendo a fundamentação do Juízo de que *"a própria demandada utilizava o celular para comunicar-se com os empregados"* e que *"logo, o empregado mantinha a posse do seu aparelho de celular para se comunicar com a empresa, meio por ela eleito inclusive para tal finalidade"*, pois é evidente que jamais autorizou a utilização dos celulares *"para fins particulares, durante a jornada de trabalho"*, mas unicamente para fins do próprio trabalho; 13) o conteúdo das mensagens claramente ultrapassava todos os limites do razoável e envolvia diretamente a empregadora, sendo que jamais poderia ser admitido durante a jornada de trabalho; 14) as conversas demonstram que não eram apenas referências jocosas aos colegas, sem natureza ofensiva, mas sim conteúdos totalmente desproporcionais à realidade; 15) a prova dos autos evidencia que o reclamante foi complacente com as condutas do grupo de Whatsapp que estavam no aparelho móvel da empresa, pois não levou o conteúdo a conhecimento da empregadora; 16) não se trata da gravidade das mensagens em si remetidas pelo reclamante, mas do fato de que sabia da irregularidade da conduta do setor via aparelho telefônico e adotou conduta omissa ao não reportar as ocorrências, especialmente porque, como constou na decisão, *"É incontroverso nos autos que o autor fez parte, através de seu telefone celular particular, do grupo de WhatsApp denominado colegas do pós-obra, tendo constado sua identificação nas conversas reproduzidas nos autos pela parte ré como Bruno Baliza, conforme Ata Notarial de ID. 8148127 - Pág. 2"*; 17) ao contrário do que fundamenta a sentença, a justa causa não foi aplicada com base em *"negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador"*, não se prestando tal argumento para este processo. Pede a reforma, para que seja mantida a justa causa aplicada, afastando a integralidade das verbas consectárias, quais sejam, aviso prévio indenizado, férias proporcionais com 1/3, 13º proporcional, multa de 40% sobre o FGTS e expedição de alvarás para encaminhamento do seguro-desemprego e saque do FGTS.

Sem razão.

O reclamante foi contratado pela reclamada no dia 14.05.2019, para a função de pedreiro (ID. 9f890c0), tendo sido dispensado por justa causa no dia 08.09.2020 (ID. cf7e511).



A despedida por justa causa, em razão da sua natureza e consequências severamente prejudiciais ao trabalhador, exige prova irrefutável. Ao empregador cabe demonstrar a veracidade das alegações, ao enquadrar a atitude do empregado nas hipóteses do art. 482 da CLT, conforme arts. 818, inc. II, do mesmo diploma legal.

A medida também deverá observar parâmetros estabelecidos em doutrina e jurisprudência, consistentes na vedação à dupla penalidade pelo mesmo fato (*bis in idem*), na imediatidade entre o ato faltoso e a punição e na presença efetiva de falta grave apta a justificar a ruptura justificada do contrato.

O aviso de demissão por justa causa (ID. cf7e511), datado de 08.09.2020, traz como fundamento o art. 482, "c" e "h", da CLT, tendo constado que o autor agiu com "*indisciplina e insubordinação com relação aos seus hierárquicos*" e que "*a dispensa ocorreu após as devidas apurações da falta cometida, o que foi confirmado através de inquérito administrativo e conversas de Whatsapp*".

Neste ponto, registro que a reclamada não trouxe aos autos o alegado inquérito administrativo, mas apenas a ata notarial de ID. 8148127, acompanhada de *prints* de conversas de *Whastapp* do grupo intitulado "Colegas do do pós obra", grupo do qual o reclamante incontroversamente participava.

Entretanto, tal fato não é suficiente para a amparar a dispensa do autor por justa causa, não sendo possível extrair, da leitura das mensagens enviadas pelo reclamante no referido grupo, quaisquer das condutas descritas no art. 482, "c" e "h", da CLT, conforme constou do aviso de demissão por justa causa (ID. cf7e511).

No caso, entendo que a sentença analisou minuciosamente a situação fática e os documentos acostados aos autos, razão pela qual, a fim de evitar tautologia, reproduzo os fundamentos nela constantes, os quais adoto como razões de decidir (ID. 70ff67b - Pág. 3 a 9):

[...]

A despedida por justa causa, por se tratar da pena máxima aplicável ao empregado, necessita de prova robusta acerca da ocorrência dos fatos imputados ao trabalhador, sob pena de utilização do expediente meramente para fraudar direitos trabalhistas do empregado.

No caso dos autos, constou do documento de ID. cf7e511, como razões da despedida por justa causa em 08/09/2020, a prática de atos de indisciplina e insubordinação, violando regras do contrato e da empresa, "após as devidas apurações da falta cometida, o que foi confirmado em inquérito administrativo e conversas de WhatsApp", com base no disposto nas alíneas "c" e "h" do art. 482da CLT.

Saliento que, além de não ter sido juntado o suposto inquérito administrativo informado na comunicação de dispensa por justa causa, a prova dos autos não tem o condão de



comprovar a prática de faltas de qualquer espécie pelo empregado, tendente a justificar a mais grave das penalidades, consistente na extinção contratual por justa causa do empregado.

É incontroverso nos autos que o autor fez parte, através de seu telefone celular particular, do grupo de WhatsApp denominado colegas do pós-obra, tendo constado sua identificação nas conversas reproduzidas nos autos pela parte ré como Bruno Baliza, conforme Ata Notarial de ID. 8148127 - Pág. 2.

Nem mesmo vislumbro, porém, nas mensagens postadas pelo trabalhador - que em sua maioria ocorreram fora do horário de trabalho - prática de "negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço" ou prática de ato de "indisciplina ou insubordinação".

Ainda, em momento algum o reclamante faz apologia às drogas ou orienta colegas a apresentarem atestados falsos ao empregador, conforme afirma a ré em defesa.

As mensagens enviadas pelo autor, e que a reclamada nem se deu ao trabalho de identificar, contém apenas referências jocosas aos colegas, sem natureza ofensiva; brincadeiras relacionadas ao futebol e ao anedotário que costuma transitar em aplicativos do gênero entre grupos de amigos ou colegas de trabalho.

A testemunha Jennifer, ao depor nos autos do processo nº 0020854-55.2020.5.04.0332, cuja ata (ID. 1f8d6a8) foi admitida como prova emprestada nestes autos, com a concordância de ambas as partes, nos termos da ata de ID. 566b61a, informou o que segue:

(...) que a depoente tomou conhecimento da existência de um grupo de WhatsApp do qual o empregado Jonathan fazia parte; que Jonathan foi despedido e como utilizava um aparelho de celular fornecido pela reclamada, devolveu o aparelho; que como esse aparelho é fornecido para outro trabalhador, o pessoal do TI sempre faz a "limpeza" do aparelho; que como esse aparelho tinha o WhatsApp ativo, o pessoal do TI entregou o aparelho para que a supervisora verificasse se havia alguma informação importante sobre os serviços executados que deveria ser mantida; que então a supervisora descobriu o grupo de WhatsApp; que nesse aparelho havia outras conversas de WhatsApp do empregado Jonathan, tanto de natureza privada quanto do trabalho; que não recorda se havia outros grupos de conversa em atividade; que no referido grupo havia fotografia da supervisora, o que lhe chamou a atenção, e fez com que ela acessasse o conteúdo do grupo; que também havia fotos pornográficas e algumas mensagens que poderiam levar à compreensão de que se tratava de indução à prática de furto e apresentação de atestados médicos falsificados; que a depoente se recorda de ter criado um grupo do pós-obra para facilitar a comunicação; que não recorda se isso ocorreu antes ou depois da saída do reclamante, mas acredita que o reclamante não fizesse parte desse grupo; que somente participavam do grupo de WhatsApp criado pela depoente empregados com os aparelhos telefônicos fornecidos pela reclamada; que não havia outro grupo de WhatsApp oficial da reclamada com os empregados; que as chefias se comunicavam com o pessoal que estava na obra por meio de ligação telefônica ou mensagem de WhatsApp; que no período em que a depoente trabalhou diretamente com o reclamante ele não tinha aparelho de telefone celular fornecido pela reclamada; que o grupo de WhatsApp não era oficial da reclamada e sim criado pelos seus integrantes (...)

Assim como o trabalhador que ajuizou o processo nº 0020854-55.2020.5.04.0332, o autor não utilizava telefone celular da empregadora, mas uma linha particular, sendo que, apesar de a reclamada ter trazido aos autos ordem de serviço proibindo o uso de



celulares "para fins particulares, durante a jornada de trabalho" (ID. 309e365 - Pág. 1), a testemunha reconhece que a chefia fazia contato com os celulares particulares dos empregados para se comunicar com eles, corroborando o quanto informado pelo próprio autor na manifestação de ID. 652d00e - Pág. 2.

Logo, o empregado mantinha a posse do seu aparelho de celular durante a jornada para se comunicar com a empresa, meio eleito pelo próprio empregador para tal fim, inexistindo qualquer evidência nos autos de que o autor tenha sido advertido ou suspenso anteriormente em decorrência do uso inadequado deste meio telemático no ambiente de trabalho, em evidente aplicação desproporcional da penalidade máxima para rompimento do contrato de trabalho.

Ainda, conforme já mencionado, foram raras as oportunidades em que o autor, especificamente, enviou mensagens em horário de trabalho, todas realizadas através de seu telefone celular particular, e geralmente não relacionadas ao labor. O que houve, portanto, foi flagrante invasão de privacidade e de sigilo de dados por parte do empregador, a despeito da reclamada ter acessado o conteúdo das conversas por meio do celular da empresa.

Aliás, o grupo, ao que tudo indica, não se destinava a atividades relacionadas ao trabalho, não se podendo presumir que o autor soubesse que o aparelho pelo qual participava um dos colegas fosse um telefone corporativo ou cedido em razão da função que exercia.

Pode-se até dizer que, do ponto de vista do autor, houve invasão de sua privacidade e quebra ilegal do sigilo de suas comunicações telemáticas ao ter as conversas invadidas e perscrutadas pelo empregador, sem autorização judicial ou própria, uma vez que o empregador delas não participava em tal condição.

[...]

Este raciocínio alcança o uso de e-mails, mas também aplicativos de mensagens, ou mesmo as redes sociais, em que não se pode confundir o uso corporativo e o uso pessoal.

Portanto, para que as informações e dados pessoais obtidos de contas privadas possam ser mineradas e tratadas pelo empregador, é necessária autorização do titular, finalidade específica e cancelável. No caso dos autos, mesmo que as mensagens tenham sido trocadas com colega que utilizava o telefone da empresa, não podem ser consideradas para fim de caracterização de insubordinação ou indisciplina no trabalho, porque em relação ao reclamante tratava-se de conta pessoal em aparelho e linha particulares e não houve autorização dele para o acesso do conteúdo em relação a si mesmo.

Poder-se-ia cogitar de casos em que os dados ou informações sejam tão graves em face do empregador que autorizariam o seu uso. De fato, para que sejam utilizadas pelo empregador, o conteúdo efetivamente deve ser reprovável do ponto de vista jurídico, ilícito quicá, como é o caso de cometimento de delitos.

A investigação policial quanto à prática de crime é atribuição do Estado, não cabendo ao particular - pessoa física ou jurídica - imiscuir-se em tal prerrogativa. Portanto, se houve ocorrência de crime no ambiente laboral, envolvendo empregados, caberia à empresa notificar a autoridade policial, além de proceder à apuração administrativa a fim de aplicar a punição máxima ao empregado, ou seja, a justa causa. Todavia, não há



prova de que esses procedimentos tenham sido adotados, embora a reclamada afirme ter procedido investigação na esfera administrativa para apuração de fatos referidos nas trocas de mensagens e sua veracidade.

Mesmo que seja de todo reprovável referência a questões do trabalho nas conversações acessadas, tratando-se de mensagens privadas trocadas por meio de celular particular do reclamante, sem aferição efetiva de veracidade, não se mostram presentes os requisitos à justa causa, notadamente a falta de proporcionalidade entre a punição e a falta, além da ilicitude no acesso e no tratamento dos dados em relação ao reclamante. Acresça-se que não há notícia de que o autor apresentasse conduta indisciplinada ou que já tivesse, anteriormente, sido advertido por seus superiores por apresentar conduta indevida no ambiente de trabalho.

Veja-se, pois, fundamentos de precedente do TST sobre a desproporcionalidade da medida de justa causa em caso de uso de e-mail corporativo ou aparelho tecnológico por empregado (RR-447-94.2011.5.04.0024, 5ª Turma, Relator Ministro Emmanoel Pereira, DEJT 28/08/2015): [...]

Por se tratar de despedida por justa causa, a sua aplicação exige cuidado especial pelo empregador, face à gravidade da penalidade, com o intuito de esclarecer todos os fatos que levam o empregador a aplicá-la. Assim, não há como ser acolhida a justa causa imputada ao reclamante, porquanto não se verifica proporcionalidade entre a falta e a pena aplicada e pela inobservância das regras da LGPD no acesso de dados em aplicativo de mensagens.

Diante disso, declaro a nulidade da despedida por justa causa do autor, ocorrida em 08/09/2020, convertendo-a em despedida imotivada, por iniciativa do empregador, e defiro ao reclamante o pagamento das seguintes verbas resilitórias: aviso-prévio indenizado proporcional ao tempo de serviço - R\$ 1.861,73, 13º salário proporcional - R\$ 1.396,29, férias proporcionais acrescidas de um terço - R\$ 1.034,29 e multa de 40% sobre o FGTS - R\$ 953,20.

[...]

Nesse quadro, nego provimento ao recurso ordinário da reclamada.

2. Dano moral

A reclamada foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais arbitrada no valor de R\$ 9.308,65.

A recorrente se insurge, alegando que: 1) a sentença claramente visa penalizar a recorrente por estar no exercício de seu direito e dever de coibir irregularidades dentro da empresa; 2) reitera o discorrido em relação ao tópico da justa causa no sentido de que era obrigação da empresa exercer a função regulatória, especialmente em se tratando de situação de apontamento de armazenamento de drogas, assédio a coordenadora vinculado a conteúdos pornográficos, apresentação de atestados falsificados, entre outros; 3) o reclamante foi totalmente complacente com as condutas, não tendo levado a conhecimento da empresa; 4) não há mínima evidência do abalo moral do reclamante. Pede a reforma, para que seja revertida a sentença, para fins de afastar a sua condenação ao pagamento de danos morais, haja vista que



o reclamante, ao participar do grupo de Whatsapp, tinha conhecimento de todo o conteúdo, inclusive do que era tratado em relação ao uso e armazenamento de drogas dentro da empresa, sendo complacente ao não reportar à empregadora. Subsidiariamente, postula a redução do *quantum* indenizatório fixado, pois claramente excessivo.

Analiso.

A reversão da justa causa, por si só, não gera o direito à indenização por dano moral, mas apenas uma restituição de ordem material. Para que haja o direito ao pagamento da indenização postulada é imprescindível prova robusta do ato ilícito praticado pela empregadora, do dano moral sofrido pelo empregado e do nexo de causalidade entre ambos, caso dos autos.

Eentendo que o reclamante se desincumbiu do ônus probatório a contento, demonstrando que houve repercussão quanto aos fatos imputados, o que gerou algum constrangimento ao empregado.

Nesse quadro, tenho que as razões oferecidas no recurso não infirmam a sentença proferida na origem, cujos fundamentos, no tocante à configuração do dano e ao nexo causal, adoto como razões de decidir, a fim de evitar tautologia:

Requer o autor o pagamento de indenização por dano moral em decorrência injusta despedida por justa causa. Afirma que se sentiu diminuído em sua dignidade e honra, tendo sido rechaçado pela empresa ré sem motivo que justificasse o ato demissional infundado praticado pela reclamada. Considera que tais fatos lhe causaram abalo moral, passível de indenização.

Analiso.

Para que haja responsabilidade civil com o dever de indenizar, é preciso a presença de três requisitos: o dano, a conduta culposa e o nexo causal entre ambos (art. 7º, XXVIII, da CF/88 c/c artigos 186 e 927 do CC, aplicável subsidiariamente por força do art. 8º da CLT).

O dano moral decorre de lesões aos direitos de personalidade, como a honra, a intimidade e a imagem (CF, art. 5º, X e CC, arts. 11 e ss). A Constituição

Federal valorou sobremaneira a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), sendo princípio informador de todo o ordenamento, o qual fundamenta também a indenização por danos morais.

No caso em tela, embora a reversão da despedida por justa causa, por si só, não configure abalo moral passível de indenização, restou demonstrado que houve violação à privacidade do trabalhador e imputação de fatos, e até mesmo crimes, por ele não praticados, em evidente prática de ato ilícito pelo empregador, tendente a causar abalo moral ao trabalhador.

Ressalto que do exame do pedido referente à reversão da justa causa aplicada pelo empregador, o juízo não constatou, nas mensagens postadas pelo trabalhador no grupo privado formado com colegas de trabalho no WhatsApp - que em sua maioria ocorreram



fora do horário de trabalho - circunstância em que o autor tenha feito apologia às drogas, ou orientado colegas a apresentarem atestados falsos ao empregador, fatos que lhe foram imputados, indevidamente, pelo empregador.

Some-se a isso o fato de que o acesso e o uso dos dados obtidos em aplicativo de mensagens pela reclamada configura violação à privacidade e à intimidade do empregado, direito garantido pela Constituição Federal, visto que as conversas acessadas eram de cunho pessoal, em conta e em celular móvel particular do autor, tal circunstância caracteriza dano moral in re ipsa.

Assim, defiro à parte autora o pagamento de indenização por dano moral, por ofensa que considero gravíssima e, considerando não apenas os critérios do art. 223-G da CLT mas a limitação imposta ao pedido pela petição inicial, a arbitro em R\$ 9.308,65, valor a ser corrigido a partir da distribuição da ação.

Todavia, no que se refere ao *quantum* indenizatório, tenho que deve ser arbitrado sem exageros, em patamar suficiente para cumprir sua função inibitória, servindo de desestímulo à reiteração do ato ou omissão do responsável, mas sem importar enriquecimento sem causa do empregado. Neste contexto, entendo razoável fixar a indenização por danos morais em R\$ 5.000,00, valor que se mostra condizente a situação.

Portanto, sopesadas tais circunstâncias à luz do disposto no art. 944 do Código Civil, reputo adequado reduzir o valor da indenização por dano moral para R\$ 5.000,00.

Dou parcial provimento ao recurso da reclamada para reduzir o valor da indenização por danos morais para R\$ 5.000,00, mantidos os demais critérios definidos na sentença.

Provimento negado.

3. Honorários sucumbenciais

A sentença está assim fundamentada (ID. 70ff67b - Pág. 14):

Aplica-se ao caso dos autos a nova redação do § 3º e do § 4º do art. 790 da CLT, in verbis:

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

Assim, em ações ajuizadas a partir de 11-11-2017, como ocorre no caso em apreço, é cabível a concessão da Justiça Gratuita somente àqueles que perceberem salário igual



ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, ou seja, igual ou inferior a R\$ 2.834,88, já que o limite máximo é de R\$ 7.087,22, conforme a Portaria Interministerial MTP/ME nº 12, de 17 de janeiro de 2022.

É incontroverso que o autor recebia remuneração mensal em valor inferior ao previsto no art. 790, § 3º, da CLT, de modo que defiro o benefício da gratuidade da justiça.

Deverão as partes pagar honorários advocatícios de sucumbência recíproca, no percentual de 10% proporcionalmente à sucumbência de cada litigante, suspensa a exigibilidade dos honorários devidos pelo reclamante em razão da concessão do benefício da gratuidade.

Assim, condeno a reclamada ao pagamento de honorários de sucumbência de 10% do valor bruto da condenação ao procurador da parte autora.

Honorários periciais de R\$ 1.800,00, pelo autor, dispensado do pagamento. Expeça-se requisição de pagamento de honorários ao perito, observado o limite fixado na regulamentação pertinente.

A ré recorre, afirmando que: 1) entende que deve ser aplicado o princípio da isonomia e igualdade de tratamento, desdobramentos do art. 5º, *caput*, da CRFB, de forma a isentá-la ao pagamento de qualquer tipo de honorário; 2) considerando a decisão de inconstitucionalidade proferida na ADI 5766, que a Súmula nº 219 do TST não teve seu conteúdo revogado e que não foi juntada credencial sindical por parte do procurador do reclamante, não faz este jus ao recebimento de honorários, principalmente porque os procuradores da reclamada não irão igualmente receber tal verba alimentar. Requer seja afastada a condenação ao pagamento de 10% de honorários ao procurador da reclamante.

Sem razão.

A demanda foi ajuizada em 13.10.2020, posteriormente ao início da vigência da Lei nº 13.467/17, que incluiu o art. 791-A na CLT:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

Quanto à aplicabilidade do referido dispositivo, dispõe o art. 6º da Instrução Normativa nº 41/2018 editada pelo TST:

Art. 6º Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, prevista no art. 791-A, e parágrafos, da CLT, será aplicável apenas às ações propostas após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017). Nas ações propostas anteriormente, subsistem as diretrizes do art. 14 da Lei nº 5.584/1970 e das Súmulas nos 219 e 329 do TST.

Portanto, tal Instrução Normativa estabeleceu que o art. 791-A da CLT é aplicável às demandas ajuizadas após 11.11.2017, caso dos autos.



O art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição da República, diz que "*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*".

No julgamento da ADI nº 5766, o Supremo Tribunal Federal (STF), "por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar inconstitucionais os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vencidos, em parte, os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes".

Conforme consta expressamente do acórdão, "Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro LUIZ FUX, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por maioria, acordam em julgar parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar inconstitucionais os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), nos termos do voto do Ministro ALEXANDRE DE MORAES" (original sem destaque).

Nessa ordem de ideias, a "ratio decidendi" que permitirá a compreensão do alcance deste julgado, proferido em controle concentrado de constitucionalidade, é o voto do citado Ministro redator, razão pela qual transcrevo os seguintes trechos, destacando parte deles, com especial atenção para o esclarecedor debate travado com o Ministro Luís Roberto Barroso:

As garantias fundamentais da inafastabilidade da jurisdição e do amplo, facilitado e célere acesso ao Poder Judiciário foram, sem dúvida, na Constituição de 1988 - art. 5º, LXXIV -, densificadas expressamente na previsão de que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Assim, a assistência jurídica aos mais necessitados é contemplada em nosso ordenamento jurídico pela instituição de órgãos públicos voltados à prestação direta desse serviço, como as defensorias públicas, sendo que os sindicatos também exercem esse papel perante a Justiça Trabalhista. Além disso, confere-se ao jurisdicionado hipossuficiente o tratamento diferenciado (e mais benéfico) no tocante aos ônus e encargos financeiros decorrentes da eventualidade de buscar o socorro judicial para a tutela de direitos.

Obviamente, disso se extrai - nenhum dos votos proferidos proferidos até o momento disse o contrário - a obrigatoriedade de tratamento diferenciado para os jurisdicionados que se encontram em situação de vulnerabilidade econômica e social, o que é, eu diria, a regra mais frequente no contexto das lides trabalhistas. Essa assistência judiciária ampla aos mais necessitados vem contemplada em nosso ordenamento jurídico não só pela instituição de órgãos públicos como a Defensoria Pública - voltada à prestação de serviços públicos -, mas também com tratamento diferenciado, com benefício - justo benefício - no tocante a ônus e encargos financeiros que decorrem do reconhecimento da justiça gratuita.

Isso existe não só na Justiça Trabalhista, como sabemos, mas também no âmbito da jurisdição comum. No âmbito da jurisdição comum, a Lei Federal 1.060/1950 disciplinou o tema da gratuidade judiciária, tratamento recentemente alterado pelo novo Código de Processo Civil.



Reconhece-se ao hipossuficiente, condição afirmada pelo próprio beneficiário e tomada como presumivelmente verdadeira, a dispensa do pagamento de taxas judiciárias e honorários advocatícios e periciais.

Frise-se que essa dispensa não é absoluta. A Lei contempla a possibilidade de que o beneficiário da gratuidade de justiça, caso venha a reunir recursos financeiros suficientes no lustrro posterior ao fim do processo, caso sucumbente, seja chamado a arcar com os encargos inicialmente dispensados (art. 11, § 2º). Não se trata, portanto, de isenção absoluta ou definitiva dos encargos do processo, mas mera dispensa da antecipação do pagamento (RE 249.003-ED, Rel. Min EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe de 10/5/2016), nos casos em que a antecipação de pagamento possa acabar frustrando a possibilidade do hipossuficiente de recorrer à Justiça.

A partir desse desenho de conformação legislativa que o Congresso Nacional fez da previsão constitucional (art. 5º, LXXIV, da CF) da garantia da gratuidade aos que comprovarem insuficiência de recursos, a concessão de tratamento diferenciado somente se sustenta, por óbvio, quando permanece a situação de vulnerabilidade, hipótese essa que torna justa a concessão da assistência de quem dela necessita. Essa é a dinâmica, como disse, inclusive, da leitura do art. 98 do CPC.

O tratamento da gratuidade judiciária do processo civil também admite a responsabilização do beneficiário sucumbente pelo pagamento das despesas processuais, bem como admite, no caso concreto, a modulação dos benefícios concedidos à parte vulnerável, a fim de proporcionar tratamento benéfico à real necessidade do jurisdicionado.

Ou seja, deve ficar comprovado (e, aqui, acho importante, porque esse é o corte que farei também para a questão trabalhista) que aquela situação de vulnerabilidade não mais existe. Não algo matemático: era vulnerável, ganhou dois, tem de pagar um, então, fica com um, sem saber se o fato de ter recebido dois torna-o ou não vulnerável.

O que o ordenamento jurídico estabelece é que, uma vez comprovada a cessação da situação de vulnerabilidade, seria possível, mesmo na Justiça comum, nos termos art. 98, a modulação, a possibilidade de redução dos benefícios antecipadamente conhecidos.

(...)

Nesse ponto, Presidente, já adianto que não entendo razoáveis os arts 790-B, § 4º, e 791-A, § 4º. Não entendo razoável a responsabilização nua e crua, sem análise se a hipossuficiência do beneficiário da justiça gratuita pelo pagamento de honorários periciais deixou ou não de existir, inclusive com créditos obtidos em outro processo. Da mesma forma, não entendo razoável e proporcional o pagamento de honorários de sucumbência pelo beneficiário da justiça gratuita, sem demonstrar-se que ele deixou de ser hipossuficiente, ou seja, essa compensação processual sem se verificar se a hipossuficiência permanece ou não.

A deferência de tratamento permitida pela Constituição se baseia exatamente nessa admissão de hipossuficiência. Simplesmente entender que, por ser vencedor em um outro processo ou nesse, pode pagar a perícia, e, só por ser vencedor no processo, já o torna suficiente, autossuficiente, seria uma presunção absoluta da lei que, no meu entendimento, fere a razoabilidade e o art. 5º, XXIV.

(...)



Uma eventual vitória judicial em outro ambiente processual não descaracteriza, por si só, a condição de hipossuficiência. Não há nenhuma razão para entender que o proveito econômico apurado no outro processo seja suficiente para alterar a condição econômica do jurisdicionado, em vista da infinidade de situações a se verificar em cada caso.

(...)

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Pela proposta de Vossa Excelência, se ele ganhar duzentos mil também não precisa pagar.

(...)

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Se ele ganhar duzentos mil, aí ele não será mas hipossuficiente. É isso que eu...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Mas é isso que está escrito na norma.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - A norma considera automaticamente que, pelo fato de ele ganhar, ele deixou de ser hipossuficiente. Mas é só isso, Presidente.

(...)

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não, Ministro Barroso, não é essa a inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade é antes:

"§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa (...)."

Dizendo de forma direta, decidiu o STF que, uma vez cessada a situação de hipossuficiência - mas não de forma automática como previsto na norma declarada inconstitucional -, é possível a revogação do benefício antecipado, situação em que o devedor suporta custos do processo. Repita-se, a inconstitucionalidade da norma decorreu do automatismo da presunção absoluta de cessação de insuficiência de recursos contida na expressão "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa". É o que diz textualmente a ementa do julgado:

É inconstitucional a legislação que presume a perda da condição de hipossuficiência econômica para efeito de aplicação do benefício de gratuidade de justiça, apenas em razão da apuração de créditos em favor do trabalhador em outra relação processual, dispensado o empregador do ônus processual de comprovar eventual modificação na capacidade econômica do beneficiário.

Permanecem íntegros, no entanto, os demais dispositivos celetistas que preveem os honorários de sucumbência (art. 791-A, §§ 1º, 2º, § 3º, e § 5º), não sendo correto concluir necessariamente pela isenção, pois assim sequer dispõe a Constituição, sendo o caso de mera inexigibilidade até que seja eventualmente demonstrado, pelo credor, que desapareceu a condição de hipossuficiência do devedor.



Corroborar esse entendimento a previsão contida no art. 98, § 3º, do CPC, que nunca teve sua inconstitucionalidade declarada. Nesse contexto, em um primeiro momento, entendi haver lacuna na CLT, sendo o citado dispositivo aplicável subsidiariamente ao Processo do Trabalho, razão pela qual os honorários fixados deveriam ser mantidos sob condição suspensiva e apenas poderiam ser executados se, nos cinco anos seguintes ao trânsito em julgado, houvesse comprovação de que não mais existe a condição de insuficiência financeira que justificou a concessão do benefício.

Contudo, tendo ciência de julgados proferidos em reclamações e em recursos de revista perante, respectivamente, o STF e TST, concluo que o prazo de suspensão de exigibilidade previsto na própria CLT, que não foi atingido pela declaração de inconstitucionalidade. Nesse sentido:

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA . LEI Nº 13.467/2017. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARTE BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA. APLICAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA NA ADI Nº 5.766. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. FORMA DE APURAÇÃO. INCIDÊNCIA DO PERCENTUAL SOBRE OS PEDIDOS JULGADOS TOTALMENTE IMPROCEDENTES. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA DA CAUSA RECONHECIDA . O exame atento da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 5.766, no contexto dos debates travados durante todo o julgamento e, em especial, a partir do voto do Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, Redator Designado do acórdão, revela que a ratio decidendi admitiu a condenação do beneficiário da justiça gratuita ao pagamento de honorários sucumbenciais, mas vedou a subtração dos valores dos créditos reconhecidos ao empregado na própria ação, ou mesmo em ação futura, por mera presunção de que a obtenção desses valores lhe retiraria a hipossuficiência econômica . Permanece a suspensão da exigibilidade pelo prazo de 2 anos a partir do trânsito em julgado da condenação. Noutro giro , o artigo 791-A, §3º, da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467 /2017, instituiu na Justiça do Trabalho os honorários de sucumbência recíproca, mediante a seguinte disposição: " Na hipótese de procedência parcial , o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários ". Embora a redação do dispositivo suscite dúvidas acerca do parâmetro de incidência dos referidos honorários, a melhor interpretação a ser conferida é aquela que se coaduna com a característica, ordinária, da cumulatividade de pretensões na reclamação trabalhista, de modo que o autor apenas será sucumbente se decair, integralmente, de um pedido . Não merece reparo a decisão regional. Precedentes. Recurso de revista não conhecido " (RR-10413-10.2019.5.03.0063, 7ª Turma, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 25/11/2022).

"RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA SOB A VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017 - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DA PARTE BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA - EXECUÇÃO SUJEITA À SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE - DECISÃO DO STF NA ADI 5766 - INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO § 4º DO ARTIGO 791-A DA CLT.

1. A cobrança de honorários advocatícios sucumbenciais dos beneficiários da justiça gratuita, prevista no § 4º do artigo 791-A da CLT, foi alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766, tendo o Supremo Tribunal Federal declarado a



inconstitucionalidade parcial desse preceito, mas apenas no tocante à expressão "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa".

2. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que a incompatibilidade da referida norma legal com a ordem jurídica constitucional reside na presunção absoluta de que a obtenção de créditos em ação judicial afasta a condição de hipossuficiente do trabalhador, autorizando a compensação processual imediata desses créditos com os honorários sucumbenciais objeto da condenação.

3. A Corte Suprema não admitiu essa presunção absoluta, conforme inclusive vinha sendo interpretado por esta turma julgadora, fixando que a cobrança de honorários advocatícios sucumbenciais somente está autorizada quando o credor apresentar prova superveniente de que a hipossuficiência do trabalhador não mais existe.

4. Diante disso, parece possível a condenação do beneficiário da justiça gratuita ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, mas a sua execução atrai a incidência da condição suspensiva de exigibilidade prevista no § 4º do artigo 791-A da CLT.

5. No caso em exame, o acórdão regional está em harmonia com o referido decisum vinculante do STF, na medida em que manteve a sentença de primeiro grau que condenou a reclamante ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, mas determinou a suspensão da execução, neste aspecto, em razão da concessão da assistência judiciária gratuita, nos termos do art. 791-A da CLT. Recurso de revista não conhecido" (RR-169-26.2020.5.05.0194, 2ª Turma, Relatora Desembargadora Convocada Margareth Rodrigues Costa, DEJT 25/11/2022).

"AGRAVO. RECURSO DE REVISTA COM AGRAVO. REGIDO PELA LEI 13.467/2017. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. RECLAMANTE BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. ARTIGO 791-A, § 4º, DA CLT. INCONSTITUCIONALIDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CRÉDITOS TRABALHISTAS OBTIDOS NO PROCESSO PARA PAGAMENTO DA VERBA. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA CARACTERIZADA. O Tribunal Regional considerou que recaí sobre o vencido, ainda que beneficiário da justiça gratuita, o ônus de arcar com os honorários advocatícios de sucumbência. Contudo, entendeu que " com relação à exigibilidade da verba honorária, adoto a posição firmada por maioria pelo Pleno deste TRT, em sessão realizada no dia 12.12.2018, no qual entendeu inconstitucional a expressão "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa", constante do § 4º, do art. 791-A, da CLT. Tal disposição é incompatível com o mandamento constitucional segundo o qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV). A transferência da obrigação do pagamento dos honorários sucumbenciais ao beneficiário da justiça gratuita (ainda que por meio do desconto de créditos obtidos em juízo) imputaria a esta o ônus de arcar com as despesas processuais, o que afastaria o caráter integral da assistência jurídica. ". Concluiu, assim, ser " cabível ao caso a suspensão da exigibilidade dos honorários sucumbenciais devidos pelo demandante, pelo período de dois anos subsequentes ao trânsito em julgado, conforme a parte final do art. 791-A, § 4º, da CLT, acolhendo a decisão do Pleno deste TRT também para vedar a retenção dos honorários advocatícios do montante deferido nesta ou em outra reclamação trabalhista. ". A presente ação foi proposta após a vigência da Lei 13.467/2017, e, desse modo, o regramento relativo à condenação de honorários advocatícios segue a diretriz da referida legislação. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADI 5766, concluiu que, não obstante seja possível a condenação do beneficiário da justiça gratuita ao pagamento de honorários advocatícios, não se



pode presumir que a mera obtenção de créditos em juízo seja apta a alterar o status de hipossuficiente do trabalhador, razão pela qual é inviável a utilização dos valores relativos ao êxito na demanda para fins de pagamento dos honorários da parte adversa. Declarou-se, então, a inconstitucionalidade da parte final do art. 791-A, § 4º, da CLT, precisamente das expressões: " desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa ". Assim, vencido o beneficiário da justiça gratuita, poderá ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios, os quais, todavia, permanecerão sob condição suspensiva de exigibilidade, somente podendo ser executados caso haja prova superveniente da perda da condição de hipossuficiência, vedada qualquer compensação com créditos trabalhistas obtidos na ação ou em outra demanda. Nesse contexto, em face da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, correta a suspensão da exigibilidade do pagamento dos honorários sucumbenciais e vedação de compensação com créditos trabalhistas. Nesse cenário, não afastados os fundamentos da decisão agravada, nenhum reparo merece a decisão, a qual é mantida com acréscimo de fundamentação. Agravo não provido" (Ag-RRAg-20681-04.2018.5.04.0008, 5ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 25/11 /2022).

Nesse quadro, entendo que caberia a fixação de honorários sucumbenciais em desfavor do reclamante, os quais, considerando a concessão do benefício da justiça gratuita ao autor, deveriam ser mantidos sob condição suspensiva e apenas poderiam ser executados se, nos dois anos seguintes ao trânsito em julgado, houvesse a comprovação de que não mais existia a condição de insuficiência financeira que justificou a concessão do benefício. Decorrido *in albis* o referido prazo, as obrigações do reclamante seriam automaticamente extintas. Entretanto, a fim de evitar a *reformatio in pejus*, mantenho a sentença que deixou de fixar honorários no aspecto, tendo em vista que a reclamada não postulou a reforma neste sentido, mas apenas pediu que a sua absolvição quanto ao pagamento da verba honorária.

Por fim, saliento que não prospera a pretensão da reclamada no sentido de que sejam aplicadas ao caso dos autos as diretrizes das Súmulas nºs 219 e 329 do TST, as quais, como já referido, não se aplicam às demandas ajuizadas após a vigência da Lei nº 13.467/17.

Nada a prover.

II - RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE

Nulidade do regime compensatório

O Magistrado *a quo* assim decidiu (ID. 70ff67b - Pág. 11):

Alega o autor que realizou horas extras habituais, as quais não foram corretamente adimplidas. Sustenta que a reclamada não observou corretamente a contagem minuto a minuto e considera nulo o regime compensatório adotado pela ré. Postula, em face disso, o pagamento de horas extras, com reflexos em repouso semanal remunerado, aviso prévio, férias acrescidas de um terço, 13º salários e FGTS com multa de 40%.

Analiso.



Vieram aos autos os controles de jornada (ID. bb77e58), os quais não foram impugnados, de modo que os considero válidos como meio de prova da jornada de trabalho do reclamante. Com relação à compensação de jornada adotada pela ré, constato que está em consonância com o previsto nas normas coletivas da categoria profissional do autor (ID. 03df7a7 e seguinte), a qual se aplica mesmo a atividades consideradas insalubres (cláusula 27ª, 03df7a7 - Pág. 11).

Destaco ainda que no período de vigência da Lei 13.467/17, ocorre a expressa previsão no sentido de ser possível à norma coletiva afastar a necessidade de prévia autorização ministerial para compensação de horário, art. 611-A, inciso XIII, da CLT. Há previsão normativa neste sentido. Da mesma forma, também após a vigência da Lei 13.467/17, a realização de horas extras habituais não afasta a validade dos regimes compensatórios adotados, nos termos parágrafo único do art. 59-B da CLT.

Válido, por conseguinte, o regime compensatório de jornada adotado pela ré.

Confrontando os controles de jornada e os contracheques de ID. 9af647d, constato que as horas extras prestadas, que não tenham sido regularmente destinadas à compensação, foram devidamente adimplidas. Considerando que o autor, na manifestação de ID. 652d00e, não apontou, nem mesmo por amostragem, diferenças que entendesse devidas, encargo que lhe competia e do qual não se desincumbiu, concluo que as horas extras prestadas foram integralmente compensadas, de modo válido regular, ou adimplidas ao longo do pacto laboral, nada sendo devido ao autor.

Indefiro os requerimentos no tópico.

O autor recorre, alegando que: 1) ficou demonstrado que, ao longo de toda a contratualidade, recorrente realizou horas extraordinárias, de forma habitual, inclusive aos sábados, conforme se verifica dos cartões-pontos; 2) o recorrente sempre exerceu atividades sob condições insalubres e, por se tratar de medida de proteção a saúde e segurança do trabalhador, o elastecimento da jornada sem a devida avaliação e verificação do órgão competente, nos termos do art. 60 da CLT, torna nulo o regime compensatório adotado pela reclamada; 3) em que pese a existência de normas coletivas, quer seja pela realização habitual de horas extras, que seja pelo exercício de atividades em ambiente insalubre, deve ser reconhecida a nulidade do regime adotado pela a reclamada, com o consequente deferimento do adicional de horas extras sobre todas as horas realizadas acima da 8ª diária, e que, irregularmente, foram utilizadas como compensatórias, nos termos da mais moderna jurisprudência, consoante ementas abaixo transcritas. Pede a reforma.

Sem razão.

Em seu recurso, o reclamante não trouxe nenhum argumento capaz de infirmar os fundamentos sentenciados, limitando-se a alegar que laborou em jornada extraordinária habitual e em atividade insalubre sem a autorização do art. 60 da CLT, sem sequer impugnar os apontamentos feitos em sentença sobre o que dispõem os arts. 611-A, inc. III e 59-B, da CLT, vigentes durante toda a contratualidade.



Conforme salientou o Juiz da origem, consta das normas coletivas da categoria profissional do autor autorização expressa para a adoção de regime compensatório em atividades consideradas insalubres sem a exigência do art. 60 da CLT, a exemplo da cláusula 27ª da CCT 2019 (ID. 03df7a7 - Pág. 11). Com efeito, aplica-se ao caso o disposto no art. 611-A, inc. XIII, da CLT:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

[...]

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

Quanto à prestação de horas extras, o art. 59-B, parágrafo único, da CLT, dispõe:

O não atendimento das exigências legais para compensação de jornada, inclusive quando estabelecida mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.

Parágrafo único. A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas.

Logo, havendo autorização nas normas coletivas para a compensação de jornada em atividade insalubre e considerando a disposição legal que permite a prestação de horas extras habituais sem que isto descaracterize a compensação de jornada, o regime compensatório adotado pela ré deve ser considerado válido, não carecendo de reforma a sentença no particular.

Nada a prover.

III - PREQUESTIONAMENTO

Consideram-se prequestionados todos os dispositivos legais e constitucionais invocados pelos recorrentes, mesmo que não expressamente mencionados à luz da OJ nº 118 da SBDI-1 do TST.

FABIANO HOLZ BESERRA

Relator

VOTOS

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR FABIANO HOLZ BESERRA (RELATOR)



DESEMBARGADOR ROGER BALLEJO VILLARINHO

JUIZ CONVOCADO EDSON PECIS LERRER



SUMÁRIO

Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
4097cf1	16/10/2020 12:46	Despacho	Despacho
24a75be	26/11/2020 17:55	Despacho	Despacho
996db82	25/01/2021 13:55	Despacho	Despacho
24a7fa5	29/03/2021 10:06	Despacho	Despacho
f28028d	07/04/2021 12:18	Despacho	Despacho
be56d9a	17/05/2021 12:21	Despacho	Despacho
becbab0	10/06/2021 13:49	Despacho	Despacho
6cd7b47	05/10/2021 09:55	Despacho	Despacho
903c3dd	24/10/2021 13:35	Despacho	Despacho
29e61cc	30/04/2022 05:14	Despacho	Despacho
566b61a	07/06/2022 14:52	Ata da Audiência	Ata da Audiência
70ff67b	12/08/2022 12:55	Sentença	Sentença
575f694	31/08/2022 11:22	Decisão	Decisão
626c9c2	14/12/2022 16:58	Acórdão	Acórdão