

Acórdão do processo 0155000-53.2008.5.04.0332 (RO)
Redator: JOÃO GHISLENI FILHO
Data: 17/03/2010 Origem: 2ª Vara do Trabalho de São Leopoldo

EMENTA: COMISSÕES. VALORES PAGOS “POR FORA”. Caso em que a autora se desincumbe de seu ônus de prova, no sentido de que recebia "por fora" valores referentes a comissões pela venda de produtos oferecidos pela recorrente. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Fatos que atingiram a reclamante, constrangida e agredida em sua honra e dignidade, na medida em que a reclamada a colocou deliberadamente em situação vexatória perante os colegas, causando-lhe, a toda evidência, abalo moral. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA SEGUNDA RECLAMADA. A segunda reclamada, beneficiária dos serviços prestados pela reclamante (venda de cartões), mediante contrato ajustado com a primeira reclamada, responde subsidiariamente pelos créditos devidos na presente ação.

VISTOS e relatados estes autos de RECURSO ORDINÁRIO interposto de sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara do Trabalho de São Leopoldo, sendo recorrente _____ e recorridos _____ e _____.

A primeira reclamada insurge-se contra a sentença proferida pelo Exmo. Juiz Luís Henrique Bisso Tatsch, às fls. 223-234, que julgou procedente em parte a ação. Busca a reforma do julgado no que tange ao pagamento das integrações das comissões pagas “por fora”, da indenização decorrente de dano moral e da responsabilidade subsidiária atribuída à segunda reclamada.

Com contrarrazões da parte autora, sobem os autos a este Tribunal para apreciação e julgamento.

Processo não submetido a parecer do Ministério Público do trabalho.
É o relatório.

ISTO POSTO:

1. INTEGRAÇÕES DAS COMISSÕES PAGAS “POR FORA”.

A sentença deferiu o pagamento de reflexos das comissões pagas “por fora” durante o contrato de trabalho, nos repousos semanais remunerados, feriados, horas extras pagas durante o contrato, férias, acrescidas do adicional de 1/3 e nos 13ºs salários (fl. 234 verso).

A primeira reclamada alega que a decisão não distingue a natureza jurídica das comissões postuladas pela autora e das premiações efetivamente pagas pela ré. Sustenta que efetuava o pagamento de premiação, caso a reclamante atingisse suas metas, e que a recorrida não logrou fazer prova de suas alegações. Assevera que não existiam salários variáveis e as metas não eram apenas de vendas, mas de assiduidade, como se verifica nos depoimentos. Discorda do valor arbitrado e de sua periodicidade, buscando a absolvição da condenação ou redução da base de cálculo dos reflexos.

Examina-se.

Em sua defesa a primeira reclamada nega o pagamento de comissões e admite o pagamento de prêmios, caso os empregados atingissem as metas estabelecidas.

Em face dos termos da defesa, cabia à autora a produção de prova no sentido de que recebia "por fora" valores referentes a comissões pela venda de produtos oferecidos pela recorrente, fato constitutivo de seu direito, do qual se desincumbiu a contento, na medida em que as duas testemunhas por ela indicadas são uníssonas ao afirmar que havia o pagamento de comissões por vendas realizadas.

A reclamante, em seu depoimento pessoal, informa que ... recebia valores por conta das vendas que realizava, atingindo uma média de R\$ 150,00 a R\$ 200,00 por mês..." (fl. 215).

A testemunha _____, colega de equipe da reclamante em duas oportunidades, revela que (...) o depoente recebia de R\$ 150,00 a R\$ 230,00 por mês a título de comissões pelas vendas, sendo que estes valores não constavam do recibo de pagamento; o depoente vendia mais que a reclamante, porém a reclamante sempre atingia pelo menos o "top" mínimo ..." (fl. 216 - grifo nosso).

A segunda testemunha, _____, informa que ... recebia em torno de R\$ 150,00 ou R\$ 200,00 pelas vendas realizadas, o chamado "top", sendo que este valor não era registrado na CTPS, e que se tivesse alguma falta, mesmo com atestado, não recebia o "top" (fl. 217).

Tem-se, pois, que os pagamento realizados a título de premiação consistiram em salário variável (ou comissões), devendo por isso integrar a base de cálculo das demais parcelas remuneratórias do contrato de trabalho.

A discussão quanto à nomenclatura da parcela, prêmios ou comissão, torna-se irrelevante para a análise de sua efetiva natureza (se remuneratória ou indenizatória) por força do princípio da primazia da realidade. No caso, conforme se infere da prova produzida, os prêmios auferidos pela reclamante tratavam-se, na verdade, de comissões pagas com habitualidade durante o curso do contrato.

Por outro lado, a reclamada não junta aos autos os relatórios de venda/prêmios satisfeitos à autora, encargo que lhe competia, em decorrência do princípio da aptidão para a prova. Nesse contexto, perfeitamente cabível o arbitramento da média de valores, bem como de sua periodicidade, estando correta a sentença ao considerar que a reclamante recebeu a título de comissões/prêmios o valor de R\$ 175,00, não havendo falar em redução do percentual.

Nega-se provimento.

2. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

A recorrente insurge-se contra a decisão que deferiu o pagamento de indenização por dano moral, no valor de R\$ 9.300,00, decorrente de discriminação e ofensas sofridas por conta da opção sexual da reclamante. Alega ausência de prova objetiva capaz de provar o dano moral. Afirma que a reclamante não escondia sua opção sexual e que os atos discriminatórios por ventura sofridos partiram dos colegas em razão de preconceito, não havendo culpa da reclamada. Refere que o dano moral deve ser comprovado e enquadrado nos pressupostos atinentes à matéria. Assevera que o direito à

indenização pressupõe a existência de prejuízo o qual não é comprovado no feito. Insurge-se, também, contra o valor da condenação, que no caso de mantida deve ser reduzido o valor arbitrado.

Examina-se.

O ordenamento jurídico pátrio, consagra a tutela dos interesses morais através do art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material moral ou à imagem; (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

O dano moral surte efeitos na órbita interna do ser humano, causando-lhe uma dor, uma tristeza ou qualquer outro sentimento capaz de lhe afetar o lado psicológico, atingindo a esfera íntima e valorativa do lesado. Consiste na afronta ao código de ética de cada indivíduo, com repercussão na ordem social.

Desta forma, quando o litígio versar sobre direito moral, o autor não precisa comprovar que se sentiu ofendido com a acusação injusta ou humilhado com a atitude do agressor. A presunção sana a impossibilidade da prova da lesão de direito personalíssimo sofrida pela pessoa natural de direito em razão de ato ou omissão ilícita de outrem. Nesse sentido, o ensinamento de CARLOS ALBERTO BITTAR, reproduzido no artigo da advogada Beatriz Della Giustina: "esses reflexos são normais e perceptíveis a qualquer ser humano, justificando-se, dessa forma, a imediata reação da ordem jurídica contra os agentes, em consonância com a filosofia imperante em tema de reparação de danos, qual seja, a da facilitação da ação da vítima na busca da compensação. Há, assim, fatos sabidamente hábeis a produzir danos de ordem moral, que à sensibilidade do juiz logo se evidenciam". (Dano Moral: Reparação e Competência Trabalhista, Revista Trabalho & Doutrina, Ed. Saraiva, setembro/96, pág. 12).

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência exigem a prova inequívoca do dano e do nexo causal entre a ação do ofensor e o dano causado ao ofendido, o que, no caso, restou plenamente caracterizado.

A reclamante alega ter sofrido constrangimentos e humilhações por conta da sua opção sexual. Denuncia que era ameaçada com a perda do emprego, e palavras de baixo calão, caso não atingisse suas metas de vendas, na presença de todos os colegas de trabalho. Relata, em seu depoimento pessoal, que (...) é homossexual, e que por conta de tal fato a supervisora _____ lhe discriminava, dizendo diversas vezes que a depoente era "homem para determinadas coisas, e para vender não"; refere que a supervisora _____ tinha o tom de voz bastante elevado, e que diversas vezes foi questionada por seus colegas sobre o motivo pelo qual a supervisora _____ lhe chamava de "machorra"; (...). (fl. 215).

Nestes termos o depoimento da testemunha _____ (fl. 215-6) que confirma o abalo moral sofrido pela autora, referindo que ... a reclamada se trata de uma empresa que tem 3.000 funcionários, na qual não há discriminação, visto que lá trabalham negros, gordos, homossexuais, mas que a supervisora _____ discriminava a reclamante, referindo que _____ dizia à reclamante em relação às vendas "na hora que tu precisa ser homem tu não é", e que os colegas que sentavam perto ficavam rindo; em mais de um

oportunidade presenciou a supervisora _____ discriminando a reclamante; (...).

No mesmo sentido é o depoimento da testemunha Pâmela (fls. 216-7), quando informa que (...) recorda de um episódio em que a Sra. _____, não sabendo se na ocasião esta era supervisora da reclamante ou se apenas estava passando no corredor e se dirigiu à reclamante, quando a Sra. _____ disse: “que a reclamante era macho para algumas coisas, mas para vender não”; fora isso, frequentemente a Sra. _____ chamava a reclamante de “machorra” ou dizia que “a machorra não está vendendo”; (...).

Desta forma, tem-se que, efetivamente, os fatos ocorridos atingiram a autora que sentiu-se constrangida e agredida em sua honra e dignidade, na medida em que a reclamada a colocou deliberadamente em situação vexatória perante seus colegas, causando-lhe, a toda evidência, abalo moral, não apenas pela forma como era discriminada, mas também pela divulgação dos fatos.

Ao contrário do que faz crer a reclamada, a discriminação oriunda de preconceito não partiu dos colegas, apenas, mas principalmente da supervisora da reclamada, Sra. _____, que deixou de agir de acordo com as normas de respeito no tratamento de seus subordinados.

Caracterizado, assim, o dano moral, impõe-se a manutenção da sentença que responsabilizou a reclamada pelo dano que causou.

Quanto ao valor, este deve ser fixado objetivando a reparação da dor da vítima, ainda que nunca se alcance a reparação integral, mormente diante de danos psíquicos, sendo impossível a pretensão de se restituir à pessoa o seu estado anterior. Paralelamente, o valor deve ser significativo de modo a desestimular a conduta do ofensor. Assim, tem-se adequado o valor fixado na origem de R\$ 9.300,00 (nove mil e trezentos reais), frente à natureza e extensão do dano moral sofrido, e a capacidade econômica do ofensor.

Nega-se, pois, provimento ao recurso..

3. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA SEGUNDA RECLAMADA.

A primeira reclamada, ora recorrente, insurge-se contra a decisão que determinou a responsabilidade subsidiária da segunda reclamada, _____. Alega que a situação dos autos não contempla a aplicação da Súmula 331 do TST, pois não se trata de terceirização de serviços, mas de nítida relação comercial. Afirma que a reclamante jamais trabalhou nas dependências da segunda reclamada. Invoca violação ao art. 5º, II, da CF/88.

A recorrente não está legitimada para postular em proveito da segunda reclamada, _____, que concordou com a sentença que fixou a sua responsabilidade subsidiária por eventuais créditos não honrados pela prestadora de serviços. Irrelevante, em face do antes exposto, qualquer discussão sobre a aplicação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Nega-se provimento no tópico, destacando-se que em face dos fundamentos exarados não há que falar em violação do artigo 5º, inciso II da Constituição Federal.

Ante o exposto,

ACORDAM os Magistrados integrantes da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: à unanimidade de votos, negar provimento ao recurso ordinário.

Intimem-se.

Porto Alegre, 17 de março de 2010 (quarta-feira).

DESEMBARGADOR JOÃO GHISLENI FILHO
Relator