



PROCESSO N. 0001054-09.2011.5.24.0006-R0.1

A C Ó R D ã O
1ª TURMA

Redator Designado

e Revisor : Des. NERY SÁ E SILVA DE AZAMBUJA
Relator : Des. AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR
Recorrente : ANA CLÁUDIA GONÇALVES NAKABAYASHI
Advogados : Marimea de Souza Pacher Bello e outros
Recorridos : BRASIL TELECOM CALL CENTER S.A. E OUTRO
Advogados : Renata Gonçalves Tognini e outros
Origem : 6ª Vara do Trabalho de Campo Grande/MS

RELATÓRIO DA LAVRA DO EXMO. DES. AMAURY
RODRIGUES PINTO JUNIOR:

“Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROC. N. 0001054-09.2011.5.24.0006-R0.1) nos quais figuram como partes as epigrafadas.

Em razão da r. sentença de f. 404-411, integrada pela decisão de f. 421-422, proferida pela Exma. Juíza do Trabalho Lilian Carla Issa, no exercício da titularidade da Egrégia 6ª Vara do Trabalho de Campo Grande/MS, a autora interpôs recurso ordinário, arguindo nulidade da sentença e pretendendo a reforma do Julgado relativamente à ilicitude da terceirização, à diferença salarial, à diferença de horas extras, ao intervalo do art. 384 e aos danos morais.

As rés apresentaram contrarrazões às f. 436-443.

O processo não foi encaminhado à Procuradoria Regional do Trabalho, por força do art. 80 do Regimento Interno deste Regional.

É o relatório.”



PROCESSO N. 0001054-09.2011.5.24.0006-R0.1

V O T O

1 - CONHECIMENTO

VOTO DA LAVRA DO EXMO. DES. AMAURY RODRIGUES
PINTO JUNIOR:

"Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço parcialmente do recurso da autora.

Conheço das contrarrazões das rés, e acolho, parcialmente, a preliminar nelas arguida para não conhecer do recurso da autora quanto ao tópico danos morais (f. 431), pois o pleito foi indeferido, mas o recurso não guarda simetria com a decisão impugnada, pelo que não se pode conhecer do apelo por ausência de fundamentação (Súmula n. 422/TST)."

2 - MÉRITO

2.1 - APLICAÇÃO DA PENA DE CONFISSÃO ÀS RÉS

VOTO DA LAVRA DO EXMO. DES. AMAURY RODRIGUES
PINTO JUNIOR:

"Aduz a demandante que deve ser aplicada a pena de confissão às rés, conforme requerido na peça de impugnação às defesas (f. 380 verso).

Sem razão.

Não há confissão, uma vez que as peças contestatórias impugnaram especificamente os pedidos.

Nego provimento."



PROCESSO N. 0001054-09.2011.5.24.0006-RO.1

**2.2 - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL -
NULIDADE DA SENTENÇA - INTERVALO DO ART. 384 DA CLT**

VOTO DA LAVRA DO EXMO. DES. AMAURY RODRIGUES
PINTO JUNIOR:

"A autora sustenta nulidade da sentença, argumentando que não foram apreciados todos os pontos requeridos (f. 424 verso).

Não lhe assiste razão.

Ao contrário do alegado pela recorrente, a sentença da origem encontra-se devidamente fundamentada, tendo apreciado todos os pedidos formulados na inicial, não havendo falar em negativa de prestação jurisdicional.

Oportuno ressaltar que quanto ao intervalo do art. 384 da CLT, a Julgadora da origem entendeu serem indevidas as horas extras. Portanto, considerando que o referido intervalo deve ser concedido antes do período extraordinário, não havendo reconhecimento deste, não há falar em omissão.

Não obstante, verifica-se da ficha financeira de f. 199, que houve pagamento de horas extras nos meses de abril, maio, junho, setembro, outubro e novembro de 2009, razão pela qual deve ser analisado o pedido referente ao intervalo do art. 384 da CLT. Destaca-se que a amplitude do efeito devolutivo (art. 515, § 1º do CPC) permite ao órgão recursal conhecer de todas as questões relativas à matéria impugnada, ainda que a sentença não as tenha abordado.

Nesse passo, observa-se que o art. 5º, I, da Constituição Federal estabelece expressamente que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição, sendo evidente que essa garantia de igualdade entre os gêneros encontra limitações decorrentes de



PROCESSO N. 0001054-09.2011.5.24.0006-R0.1

peculiaridades específicas, como é o caso, por exemplo, da gestante e da mãe, que precisam de tratamento diferenciado e de proteção da prole.

Também é aceitável a existência de normas protetivas que tenham em consideração a diferenciação física entre os sexos, mormente quando destinadas à preservação da saúde da mulher, porém, sempre tendo em conta o princípio da razoabilidade, pois, do contrário, a pretexto de proteger, promove-se a discriminação.

Nesse sentido, destaca MAURÍCIO GODINHO DELGADO:

(...) mas, insista-se: tais preceitos celetistas já estavam revogados, em decorrência de frontal incompatibilidade com a Carta Constitucional emergente. Isso significa que outros preceitos discriminatórios ignorados pela Lei n. 7.855/89 também não mais produzem efeitos, por estarem revogados, de modo tácito, mas inequivocamente, pelo texto constitucional citado. É o que se passa, por exemplo, com o art. 383, da CLT, que exige um repouso mínimo de uma a duas horas para a obreira, qualquer que seja a extensão de sua jornada de trabalho. Ora, tal preceito é grosseiramente discriminatório (e insensato), impondo à mulher uma disponibilidade temporal enorme (ao contrário do imposto ao homem) mesmo em casos de curtas jornadas, abaixo de seis horas ao dia (como previsto no art. 71, § 1º da CLT, que prevê, em tais casos, descanso de apenas 15 minutos). (DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8ª Ed. São Paulo: LTr 2009, p. 726.)

Por mais que existam diferenciações físicas entre homens e mulheres, não se compreende como razoável a norma que, a pretexto de proteger, acaba por discriminar a mulher, concedendo-lhe um injustificado intervalo de 15



PROCESSO N. 0001054-09.2011.5.24.0006-R0.1

minutos entre o término da jornada normal e o início da jornada extraordinária.

As regras gerais, limitadoras do trabalho extraordinário são suficientes para garantir a saúde física e mental, tanto do homem, quanto da mulher, motivo pelo qual o descanso suplementar previsto no art. 384 da CLT, por injustificado na diferenciação entre gêneros, não é harmônico com a garantia isonômica prevista no art. 5º, I, da Constituição.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, indeferindo o pedido do intervalo previsto no art. 384 da CLT."

2.3 - TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA - VÍNCULO EMPREGATÍCIO DIRETO COM A TOMADORA DOS SERVIÇOS - SOLIDARIEDADE - ANOTAÇÃO DE CTPS

A autora busca a reforma do julgado original para que seja reconhecida a ilicitude da terceirização, reconhecendo-se o vínculo empregatício direto com a tomadora de serviços.

O recurso não merece prosperar.

Antes de se adentrar à análise *in concreto* do presente caso, relevante que se faça uma digressão acerca das normatizações que regem a questão ora posta em debate.

A concessão de serviços públicos foi erigida a *status* constitucional, ganhando disposição expressa na Carta Magna de 1988. Eis o que dispõe o art. 175 do texto constitucional, *verbis*: "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos."

Referido dispositivo, em seu parágrafo único, preceitua, *verbis*:



PROCESSO N. 0001054-09.2011.5.24.0006-RO.1

Parágrafo único. **A lei disporá sobre:**

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado (grifo nosso).

Com o escopo de dar efetividade à referida norma constitucional, foi editada, em 13 de fevereiro de 1995, a Lei n. 8.987, que regulamenta o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Oportuno consignar que, seu artigo 25, especificamente no seu § 1º, concedeu às concessionárias, na execução do serviço concedido, autorização explícita de contratação de terceiros para o incremento de suas atividades, sejam inerentes, acessórias ou complementares. Confira-se:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, **a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados. (grifo nosso)**



PROCESSO N. 0001054-09.2011.5.24.0006-RO.1

Caminhando nesse mesmo sentido – até mesmo por uma questão de coerência legislativa, ressalte-se –, foi editada a Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, que ao disciplinar especificamente a organização dos serviços de telecomunicações, estabeleceu em seu artigo 94, *verbis*:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

I - empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infraestrutura que não lhe pertençam;

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

§ 1º Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários.

§ 2º Serão regidas pelo direito comum as relações da concessionária com os terceiros, que não terão direitos frente à Agência, observado o disposto no art. 117 desta Lei. (g.n.).

É justamente em razão de haver expressa disposição em lei a autorizar a terceirização pelas empresas concessionárias, inclusive de telecomunicações, dos serviços públicos por ela prestados, estejam estes relacionados às suas atividades meio ou fim, que esta E. Corte tem decidido pela sua licitude.

Com efeito, o operador do Direito, no processo exegético de interpretação da norma, não pode fazer *tabula rasa* da vontade do legislador, afastando-se da *mens legis*, que, na hipótese em tela, é expressa no sentido de permitir ampliativamente a terceirização de atividades pelas empresas concessionárias.

De modo reverso, o reconhecimento de fraude na terceirização de serviços pelas concessionárias,



PROCESSO N. 0001054-09.2011.5.24.0006-R0.1

implicaria, por via reflexa, em afronta ao próprio artigo 175 da Constituição Federal, pois em flagrante desacordo com a norma infraconstitucional, ao qual o constituinte delegou a regulamentação do regime a ser aplicado a tais entes.

Neste passo, enquanto o Excelso Supremo Tribunal Federal não declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 25 da Lei n. 8.987/95 e inciso II do artigo 94 da Lei n. 9.472/97, está autorizada, por força de lei, a terceirização dos serviços prestados pelas concessionárias dos serviços de telecomunicações, inclusive com relação a sua atividade-fim.

E ainda que assim não se entenda, fato é que, no caso em tela, não houve a terceirização de atividade-fim pela recorrente. Senão vejamos.

O artigo 60, § 1º, da Lei n. 9.472/97 estabelece, de forma específica, as atividades-fim das empresas de telecomunicações, *verbis*:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º. Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

Conclui-se, portanto, que os serviços terceirizados prestados pela reclamante, a saber, atendimento aos usuários, enquadra-se como atividade-meio da Brasil Telecom S.A. Trata-se, na verdade, de utilidades ou comodidades complementares, que visam à implementação e ao aperfeiçoamento da prestação de serviços de telecomunicações, real objetivo da empresa reclamada, sem com este se confundir.



PROCESSO N. 0001054-09.2011.5.24.0006-RO.1

Considerando as disposições legais que regem a matéria e a situação fática delineada nos autos, patente a legalidade da descentralização efetivada pela Brasil Telecom S.A. (segunda reclamada), por meio da contratação da empresa Brasil Telecom Call Center S/A. (primeira reclamada), o que obsta o reconhecimento de vínculo empregatício diretamente em face daquela.

Restou incontroverso que a autora foi contratada pela primeira reclamada Brasil Telecom Call Center S.A., a qual tem por objeto a "...prestação de serviços de centrais de atendimento a terceiros, compreendendo, dentre outros, as áreas de atendimento a clientes, telemarketing ativo e passivo e serviços de treinamento, suporte e consultoria e atividades afins" (f. 168); atividade esta que não se insere na atividade-fim da segunda reclamada (Brasil Telecom S.A.), que tem por objeto social "... a exploração de serviços de telecomunicações e atividades necessárias, ou úteis à execução desses serviços, na conformidade das concessões, autorizações e permissões que lhe forem outorgadas" (f. 178).

Por tudo quanto foi exposto, nego provimento e, por consequência lógica, fica prejudicado a análise de vantagens previstas em acordos coletivos da Brasil Telecom.

2.4 - HORAS EXTRAS E REFLEXOS

VOTO DA LAVRA DO EXMO. DES. AMAURY RODRIGUES
PINTO JUNIOR:

"A Julgadora da origem considerou que a autora não demonstrou a existência de horas extras (f. 409).

A autora sustenta a irregularidade do sistema compensatório, requerendo o deferimento do pedido de horas extras e respectivos reflexos (f. 428 verso-430).

O recurso prospera em parte.



PROCESSO N. 0001054-09.2011.5.24.0006-R0.1

Não é possível reconhecer a compensação mediante a utilização de "banco de horas", até porque o instrumento coletivo da BRASIL TELECOM referente ao período 1º.9.2008 a 31.8.2009 (f. 67-71) sequer a prevê, ao passo que o acordo coletivo concernente ao período de 1º.12.2009 a 31.10.2010 (f. 72-77), embora contenha previsão de sistema de compensação (cláusula sétima - f. 74), verifica-se a irregularidade deste.

Para que haja reconhecimento da compensação de jornada, mister se faz que os controles de ponto demonstrem a efetiva contabilização das horas prorrogadas e compensadas, o que não ocorre nos autos.

Por esse motivo, não há falar em compensação ou pagamento somente do adicional, sendo inaplicável a Súmula n. 85 do Colendo TST, pois esta pressupõe a compensação sem observar os critérios legais e, no caso destes autos, não se verifica efetiva compensação dentro da mesma semana, conforme se observa do controle de ponto de f. 353, concernente ao mês de julho de 2009, onde há claro labor em sobrejornada sem a respectiva compensação semanal.

De outro viés, o cotejo do cartão de ponto de f. 353, referente ao mês de julho de 2009, com a respectiva ficha financeira de f. 199, revela que não houve pagamento do labor extraordinário.

Assim, comprovado o labor extraordinário sem a devida contraprestação, dou provimento ao recurso para deferir o pagamento das horas extras de todo o período contratual, assim consideradas as que ultrapassarem a sexta hora diária ou trigésima sexta semanal (o que for mais benéfico à trabalhadora), devendo ser apuradas por meio de controles juntados aos autos, em sua integralidade e nos limites do pedido, observando-se os seguintes parâmetros: a) dias efetivamente trabalhados; b) divisor 180; c) adicional



PROCESSO N. 0001054-09.2011.5.24.0006-R0.1

de 50% ou convencional, se houver; d) evolução salarial, incluindo-se os adicionais, gratificações e quaisquer outras parcelas salariais (Súmula n. 264/TST).

Por serem habituais, defiro seus reflexos em repouso semanal (art. 7º, "a", da Lei n. 605/49 e Súmula n. 172 e OJ 394/SDI-1), em férias com o terço constitucional (art. 142, § 5º, da CLT), 13º salário (Súmula n. 45), depósitos do FGTS acrescido da multa de 40% (Lei n. 8.036/90, art. 15 e 18) e aviso prévio (art. 487, § 5º, da CLT).

Quanto aos cartões de ponto faltantes, impossível aplicar a Súmula n. 338 do TST, quando a própria autora, na petição inicial, declarou que em razão das constantes mudanças na escala, a autora não se recorda de todos os horários e respectivos períodos em que laborou (...), motivo pelo qual, nestes períodos, deverá ser considerado no cálculo das horas extras a média apurada no mês antecedente integralmente laborado ou, sucessivamente, no mês posterior, observando-se a proporcionalidade de dias efetivamente laborados em cada mês.

A fim de se evitar o enriquecimento sem causa, determino a dedução dos valores pagos a título de horas extras, observando-se como limite o mês do pagamento da aludida verba, porquanto não é razoável considerar que o empregador realizou pagamento de serviço ainda não executado.

Dou provimento parcial ao recurso."

2.5 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

VOTO DA LAVRA DO EXMO. DES. AMAURY RODRIGUES
PINTO JUNIOR:

"Renova a autora o pedido de honorários assistenciais, no percentual de 15% sobre o valor da condenação, nos termos das Súmulas 219 e 329 do c. TST.



PROCESSO N. 0001054-09.2011.5.24.0006-R0.1

Não lhe assiste razão.

A condenação em honorários advocatícios, no processo trabalhista, exige a observância dos requisitos previstos no artigo 14 da Lei n. 5.584/1970 (gratuidade de justiça) e a assistência por entidade sindical, entendimento sedimentado na jurisprudência trabalhista, conforme a Súmula 219 do c. TST e a Orientação Jurisprudencial 305 da SDI-1 daquela Corte.

No caso, a autora está assistida pelo seu sindicato de classe (f. 20) e é beneficiária da gratuidade de justiça (f. 21), estando preenchidos os requisitos legais para o deferimento de honorários advocatícios.

No que tange ao valor, entendo que deve ser mantido em 10% sobre o valor da condenação, percentual razoável e satisfatório para recompensar o trabalho desenvolvido pelo causídico, levando em conta os critérios para a condenação, insertos no § 3º do artigo 20 do CPC, subsidiariamente aplicável ao processo do trabalho, e o fato de haver diversas ações como esta em face das mesmas rés, ajuizadas com assistência sindical.

Nego provimento ao recurso."

POSTO ISSO

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, por unanimidade, aprovar o relatório e, acolhendo em parte a preliminar arguida pelas rés em contrarrazões, **conhecer parcialmente do recurso da autora**, não o fazendo quanto ao tópico "danos morais", nos termos do voto do Desembargador Amaury Rodrigues Pinto Junior (relator); no



PROCESSO N. 0001054-09.2011.5.24.0006-R0.1

mérito: **a)** por unanimidade, **negar-lhe provimento** quanto aos tópicos "aplicação da pena de confissão às rés" e "negativa de prestação jurisdicional - nulidade da sentença - intervalo do art. 384 da CLT", nos termos do voto do Desembargador relator; **b)** por maioria, **negar-lhe provimento** quanto ao tópico "terceirização ilícita - vínculo empregatício direto com a tomadora dos serviços - solidariedade - anotação de CTPS", ficando prejudicada a análise do tópico "vantagens previstas em acordos coletivos da Brasil Telecom", nos termos do voto do Desembargador Nery Sá e Silva de Azambuja (revisor), vencido o Desembargador relator; **c)** por unanimidade, quanto ao demais, **dar-lhe parcial provimento** para deferir o pagamento de horas extras e reflexos, nos termos do voto do Desembargador relator. Redigirá o acórdão o Desembargador revisor.

Com fulcro na letra "c" do inciso II da Instrução Normativa nº 3/93 do C. TST, atribui-se provisoriamente novo valor à condenação, a saber, R\$ 7.000,00 (sete mil reais), fixando as custas processuais em R\$ 140,00 (cento e quarenta reais), a cargo da reclamada.

Campo Grande, 06 de junho de 2012.

NERY SA E SILVA DE AZAMBUJA
Desembargador Federal do Trabalho
Revisor e Redator Designado