



PROCESSO Nº 0001223-36.2010.5.24.0004-R0.1

A C Ó R D ã O
2ª Turma

Relator : Des. RICARDO GERALDO MONTEIRO ZANDONA
Revisor : Des. NICANOR DE ARAÚJO LIMA
Recorrente : ROBERTO CESAR DUARTE DA SILVA
Advogados : Marimea de Souza Pacher Bello e outros
Recorrida : TX TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
Advogado : Wagner Higa de Freitas
Recorrente : TELEMONT ENGENHARIA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A
Advogados : Jane Resina Fernandes de Oliveira e outros
Recorrida : OI S.A.
Advogados : Renata Gonçalves Tognini e outros
Origem : 4ª Vara do Trabalho de Campo Grande/MS

TELECOMUNICAÇÕES. OI S.A. ATIVIDADE-FIM. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. Como a atividade principal da tomadora é a exploração de serviços de telecomunicações em geral, o trabalho realizado pelo reclamante, porque essencial à consecução do seu objetivo social, caracteriza-se como atividade-fim. A subordinação que se evidencia nestes casos é a estrutural, que decorre da submissão do empregado ao poder de direção empresarial, ainda que indiretamente e em outro espaço físico. Reconhecida a ilicitude da terceirização, o vínculo de emprego deve ser reconhecido com a tomadora de serviços (Súmula 331-I do Colendo TST).

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROC. Nº 0001223-36.2010.5.24.0004-R0.1) em que são partes ROBERTO CESAR DUARTE DA SILVA (reclamante), TX TELECOMUNICAÇÕES LTDA., TELEMONT ENGENHARIA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A e OI S.A. (reclamadas).

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo reclamante em face da sentença de f. 642-652, complementada pela decisão de f. 673 de embargos de declaração, proferidas pela Juíza do Trabalho Substituta Mara Cleusa Ferreira Jeronymo, que julgou parcialmente procedente os pedidos do reclamante, condenando a primeira reclamada (TX Telecomunicações) ao pagamento de adicional noturno e



PROCESSO Nº 0001223-36.2010.5.24.0004-R0.1

reflexos. A segunda (Telemont) e a terceira reclamada (OI S.A) foram condenadas subsidiariamente.

O reclamante, mediante as razões de f.653-663 e verso, pugna pela reforma da sentença.

Contrarrrazões da primeira reclamada (TX Telecomunicações) às f. 673-690; da terceira reclamada (OI S.A.) às f. 691-709 e da segunda reclamada (Telemont) às f. 721-725 e verso.

Parecer ministerial dispensado nos termos do art. 80 do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

As reclamadas (OI S.A. e Telemont) sustentam em contrarrrazões a ausência de dialeticidade do recurso do reclamante, bem como ausência de clareza na construção da peça recursal (f. 694 e 722).

Afasta-se a arguição, pois existente motivação recursal o bastante para seu conhecimento, não prejudicando a defesa.

Ainda que se entenda sintética a argumentação recursal, as teses apresentadas pelo reclamante revelam impugnação aos termos da sentença, viabilizando a devolução das matérias.

Analizados os pressupostos legais de admissibilidade: cabimento, adequação, legitimação para recorrer, interesse em recorrer, inexistência de causa impeditiva ou extintiva do poder de recorrer, tempestividade e regularidade de forma.

O recurso está apto ao conhecimento, assim como as contrarrrazões.



PROCESSO Nº 0001223-36.2010.5.24.0004-R0.1

2 - MÉRITO

2.1- INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL - EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Na origem acolheu-se a preliminar de inépcia da inicial em razão da ausência de indicação do paradigma, em relação às diferenças salariais pela equiparação, nos termos do art. 295, parágrafo único do CPC.

O reclamante de fato não apontou paradigma, de modo que a pretensão não passa pelo crivo do art. 461 da CLT.

Recurso não provido.

2.2 - INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL - TÍQUETE ALIMENTAÇÃO

Extinguiu-se o pleito relativo ao tíquete alimentação, por inépcia da inicial, ao fundamento de que, embora o reclamante tenha declinado a causa de pedir para a integração do ticket-alimentação, observa-se que no rol de pedidos, fls. 18-19, nada mencionou acerca da matéria referente ao ticket-alimentação, ou seja, ausente o pedido (f.644).

O reclamante, buscando a reforma da sentença, alega que o pedido consta no bojo da petição inicial.

Constata-se o referido pedido no item 6, f. 11, onde se lê: Pede-se: reajustes salariais, abonos indenizatórios, participação nos lucros, ticket alimentação (com integração).

O art. 840, § 1º, da CLT exige que a petição inicial contenha uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio e o pedido.

O mencionado dispositivo está de acordo com o princípio da simplicidade (ou da informalidade) que norteia o processo do trabalho, segundo o qual os rigores formais dos ritos processuais devem ser reduzidos a um mínimo



PROCESSO Nº 0001223-36.2010.5.24.0004-R0.1

indispensável para que se atinja a finalidade do processo (realização do direito material).

A petição inicial atende aos requisitos necessários à compreensão do que se pretende e permitiu a elaboração da defesa, em cumprimento ao disposto nos artigos 840, § 1º, da CLT e 282 do CPC, aperfeiçoando a triangularidade da relação processual.

O pedido será analisado no mérito.

Recurso provido.

2.3 - INÉPCIA DA INICIAL - ADICIONAL DE SOBREAVISO

Extinguiu-se o feito com relação ao pedido de adicional de sobreaviso por inépcia da inicial, ao fundamento de que o reclamante não especificou o horário em que cumpria o sobreaviso.

O reclamante sustenta que o horário de sobreaviso foi definido na inicial à f. 13 - item 09 e f. 14 - item 10 (f. 654, verso).

Na petição inicial relata que,

quando estava em Campo Grande, nos feriados, sábados e domingos, ficava de sobreaviso quando não estava cumprindo jornada de trabalho, ou seja, ou trabalhava nestes dias da semana, ou ficava de sobreaviso. Referido sobreaviso era determinado em escalas pela chefia imediata, onde o reclamante era avisado, ou quinta ou sexta-feira, que estariam nos plantões aos sábados ou domingos e feriados.

O sobreaviso **iniciava no momento em que se encerrava o labor, findando-se quando o reclamante começava a sua jornada na empresa, no dia seguinte** (f. 13 - item 09 - grifos acrescidos).



PROCESSO Nº 0001223-36.2010.5.24.0004-R0.1

No item 10 do mesmo documento, o reclamante informa a jornada de trabalho exercida em Campo Grande: de segunda a sábado das 07h30min às 17h30min (f. 14).

Tem-se, portanto, como declinado o período do sobreaviso, tanto que possibilitou a impugnação pela empregadora às f. 160-163.

O pedido será analisado.

Recurso provido.

2.4 - TERCEIRIZAÇÃO - ILICITUDE

Na sentença declarou-se a licitude da terceirização e indeferiu-se o pleito de reconhecimento do vínculo empregatício com a terceira reclamada (OI S.A.), bem como os pedidos de vantagens normativas previstas para os empregados da tomadora de serviços.

O reclamante argumenta que a terceirização é ilícita, pois exercia atividade-fim da empresa tomadora dos serviços.

Os documentos constantes nos autos revelam que a relação havida entre as três reclamadas é de "quarteirização", conforme relata a segunda reclamada (Telemont):

O reclamante nunca foi empregado da ora reclamada (Telemont), tendo sido contratado exclusivamente pela primeira reclamada TX Telecomunicações LTDA, **empresa com a qual a Telemont mantém um contrato de prestação de serviços de vistoria, projeto, instalações, testes, ativações retiradas de equipamentos de comunicação de dados e transmissão exclusivamente no Estado de Mato Grosso do Sul [...] (f. 408 - grifos acrescidos).**

Completa a segunda reclamada, asseverando:



PROCESSO Nº 0001223-36.2010.5.24.0004-R0.1

A terceira reclamada (Brasil Telecom), ora contestante também, por seu turno, jamais manteve sob sua subordinação o reclamante pois **através da terceirização de sua atividade meio contratou a Segunda reclamada (Telemont), a qual, por sua vez, contratou a primeira (TX) para prestação de serviços** de instalação, ativação e retiradas de equipamentos de comunicação de dados e transmissão [...] (f. 410 - grifos modificados).

Incontroverso, portanto, que a tomadora e beneficiária dos serviços do reclamante é a terceira reclamada (OI S.A.).

O reclamante foi contratado pela primeira reclamada (TX Telecomunicações) no período de 12.03.2008 a 15.05.2009 (CTPS - f. 31), para prestar serviços como auxiliar técnico, cujas atividades consistiam em:

Instalar, testar, ativar e retirar equipamentos de comunicação de voz e dados. Estes eram constituídos de modem óptico, multiplexadores de dados, multiplexadores ADSL e equipamentos de radiocomunicação [...].

Externamente [...] o reclamante efetuava serviços de instalar *racks*, placas de circuitos eletrônicos, interligação de cabos de alimentação [...], interligação de cabos de fiação do assinante, interligação de cabos coaxiais e testes operacionais de tráfego (laudo pericial - f. 622).

De acordo com o estatuto social acostado aos autos, a OI S.A. tem como objetivo 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 (cláusula 2ª - f. 549).

A definição de telecomunicações está no art. 60 da Lei Geral das Telecomunicações - Lei n. 9.472/97:



PROCESSO Nº 0001223-36.2010.5.24.0004-R0.1

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.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

As atividades descritas no § 2º, acima transcrito, são realizadas em benefício dos próprios clientes da concessionária.

Sendo a atividade principal da tomadora a exploração de serviços de telecomunicações em geral, o trabalho realizado pelo reclamante, porque essencial à consecução do seu objetivo social, caracteriza-se como atividade-fim.

A subordinação que se evidencia nestes casos é a estrutural, que decorre da submissão do empregado ao poder de direção empresarial, ainda que indiretamente e em outro espaço físico.

O art. 94, II, da Lei n. 9.472/97 não autoriza a contratação de pessoa interposta para o desenvolvimento das atividades-fim da concessionária, uma vez que interpretação nesse sentido entraria em confronto com o entendimento sumulado do Colendo TST.

Reconhece-se a ilicitude da terceirização havida e declara-se a formação do vínculo empregatício diretamente com a tomadora de serviços.

Condena-se a terceira reclamada (OI S.A) a proceder à retificação na CTPS do reclamante, no prazo de



PROCESSO Nº 0001223-36.2010.5.24.0004-R0.1

cinco dias, a contar da intimação específica para o cumprimento da obrigação de fazer.

O reconhecimento da fraude na terceirização impõe a responsabilização solidária das reclamadas (art. 942 do Código Civil) pelos créditos deferidos ao reclamante.

Esclareça-se, ainda, que a responsabilização, de forma solidária, decorre da própria pretensão recursal de condenação das reclamadas formulada sem qualquer limitação.

Por conseguinte, passa-se à análise dos demais pedidos formulados pelo reclamante, conforme preceitua o art. 515, § 3º do CPC.

Recurso provido.

2.5 - VANTAGENS PREVISTAS EM ACT

Na origem rejeitou-se a extensão das vantagens dos ACTs firmados pela terceira reclamada (OI S.A), ante o reconhecimento da licitude na terceirização.

O recorrente sustenta que a declaração de ilicitude na terceirização permite a comunicabilidade entre os direitos e vantagens mínimas estabelecidas pelo tomador de serviços e pleiteia as seguintes parcelas: vantagens (reajustes salariais, ticket alimentação, vales, auxílios, abonos, participação nos lucros – PLs, base de cálculo e adicionais para as horas extras, base de cálculo do adicional de periculosidade e reflexos pertinentes (f. 659, verso).

Com o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com a tomadora de serviços, o reclamante faz jus aos mesmos benefícios previstos em norma coletiva e extensíveis a todos os empregados da Brasil Telecom S.A.

O contrato de trabalho vigorou no período de 12.03.2008 a 15.05.2009 (CTPS - f. 31).

O reajuste salarial tem previsão na cláusula 2ª do ACT de f. 98-101, sendo aplicável a partir de 01.11.2008.



PROCESSO Nº 0001223-36.2010.5.24.0004-R0.1

A concessão de tíquete alimentação está prevista na cláusula 4ª do mesmo ACT (f. 99). O parágrafo quinto dessa norma coletiva prescreve o reconhecimento do caráter indenizatório da verba e, quanto à adesão ao PAT, esta é presumida (OJ 133 da SDI-I/TST). Indefere-se, portanto, o pleito relativo aos reflexos.

Quanto à participação nos resultados há os ACTs 2008/2008 e 2009/2009 com previsão na cláusula 3ª (f. 126 e 132).

O trabalhador, parte hipossuficiente da relação de emprego, em regra, não tem condições de reunir provas durante esta vinculação para serem utilizadas em ulterior ação trabalhista. Assim, não é possível exigir do reclamante a comprovação de cumprimento de metas, para a percepção do benefício.

Ao empregador, que assume o risco da atividade econômica, a gestão do negócio e o poder diretivo e fiscalizador dos contratos, incumbe o dever de documentação.

Aplicável ao caso o princípio da aptidão para a prova, por meio do qual o ônus de sua produção incumbe à parte que detém melhores condições para tanto.

Assim, ressaltando entendimento anteriormente adotado, afirma-se que caberia à empregadora manter sob sua guarda prova documental do cumprimento dos requisitos para a concessão das participações em lucros e resultados, o que não fez.

O recurso é parcialmente provido para deferir ao reclamante, observada a vigência e os limites do pedido: reajustes salariais, tíquete alimentação e participação em lucros e resultados.

Defere-se a dedução de verbas recebidas sob idêntico título.

O obreiro deverá arcar com sua parte no custeio do tíquete alimentação, nos percentuais previstos nas normas coletivas.



PROCESSO Nº 0001223-36.2010.5.24.0004-R0.1

2.6 - DIFERENÇAS DE HORAS EXTRAS

Na sentença indeferiu-se o pleito de diferenças de horas extras e reflexos, ao fundamento de que o reclamante não desconstituiu o valor probante dos cartões de ponto, os quais contemplam jornada variada, e que as diferenças de horas extras apontadas têm por base a jornada de 40 horas semanais, sendo a jornada do obreiro de 44 horas. Por fim, verificou-se pelos recibos de pagamento, que tais desoras foram devidamente quitadas.

Assevera o recorrente que, na impugnação à defesa apresentou demonstrativos das diferenças de forma pormenorizada, pelos quais se verifica o labor extraordinário não pago, mesmo em se considerando a jornada de 44 horas semanais.

Na impugnação de f. 565-580, não se verifica o demonstrativo alegado, apenas a menção aos relatórios de viagem juntados aos autos, indicados pelo reclamante como prova do labor extraordinário.

Tais documentos (f. 249-305), por si só, não se prestam como meios de prova, pois ocorrendo trabalho externo, há que se verificar a possibilidade de fiscalização e controle da jornada pelo empregador.

Na petição inicial consta: Através da planilha de serviços, ordem de serviço – BA – nota-se o horário do labor realizado e a fiscalização das reclamadas (f. 140).

Tal planilha não foi juntada aos autos. Tampouco o reclamante se manifestou a respeito.

Na audiência de instrução não apresentou testemunhas.

Não tendo o obreiro se desincumbido do ônus probatório, nega-se provimento ao recurso.



PROCESSO Nº 0001223-36.2010.5.24.0004-R0.1

2.7 – ADICIONAL DE SOBREAVISO

O reclamante pleiteia o recebimento do adicional de sobreaviso alegando que, nos feriados, sábados e domingos, ficava de sobreaviso quando não estava cumprindo jornada de trabalho.

Aduz que havia escalas, para as quais era avisado previamente (f.13 – item 09).

Em contestação a reclamada nega o fato.

Na impugnação à defesa, o reclamante alega que o sobreaviso praticado será devidamente comprovado em audiência de instrução e julgamento (f. 574).

Entretanto, não se produziu qualquer prova nesse sentido.

Recurso não provido.

2.8 – ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

Na sentença foi rejeitada a pretensão de recebimento de adicional de periculosidade, ao fundamento de que o reclamante não trabalhou em condições de perigo à sua integridade física.

Afirma o recorrente que laborou exposto ao sistema elétrico de consumo, agente de risco do sistema elétrico de potência.

O perito judicial descreveu as atividades desenvolvidas pelo reclamante e constatou que, por serem isentas de riscos de acidentes com eletricidade inexistia possibilidade de ocorrência de choque elétrico com repercussão sobre a saúde ou integridade física [...]. Concluiu que as referidas atividades não eram integrantes do Sistema Elétrico de Potência (f. 623).

O Juiz não está adstrito ao conteúdo do laudo podendo embasar seu convencimento em outros elementos de prova constantes dos autos.



PROCESSO Nº 0001223-36.2010.5.24.0004-R0.1

Mas, no caso, a conclusão pericial deve ser prestigiada, pois o reclamante não impugnou as assertivas acima, nem produziu qualquer prova que as desmerecessem.

Não é suficiente para a configuração do direito ao adicional de periculosidade que os equipamentos e instalações sejam de alta ou baixa tensão. Devem ser também, integrantes de sistemas elétricos de potência, que é o conjunto de todas as instalações e equipamentos destinados à geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.

O direito ao adicional de periculosidade emerge da conjugação dos requisitos "atividades/áreas de risco".

Ainda que se admitisse o enquadramento do sistema elétrico de consumo como atividade perigosa, haveria também a necessidade de enquadramento do local de trabalho do reclamante em alguma das áreas de risco previstas prevista no anexo do Decreto 93.412/86, e isso não ocorreu.

Recurso não provido.

2.9 - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Na sentença rejeitou-se o pedido de indenização por dano moral em razão do reconhecimento da licitude da terceirização, pois considerou-se o pedido atrelado à prática de discriminação em razão da não observância dos direitos aplicados aos empregados da terceira reclamada.

Inconformado, o reclamante assevera que o pedido de indenização por danos morais, fora realizado diante das atitudes da empregadora – tratamento com rigor excessivo e prática de ato lesivo à honra do empregado – e ofendem o direito fundamental da dignidade da pessoa humana [...] (f. 663).



PROCESSO Nº 0001223-36.2010.5.24.0004-R0.1

Na petição inicial o reclamante afirma que:

Deve ser indenizado diante da discriminação praticada pelas rés que, agindo em conjunto, ofenderam a dignidade de seus direitos trabalhistas, especialmente no tocante à ausência de descanso, ao pagamento de salários e vantagens inferiores aos recebidos por outros funcionários (contratados diretamente pela 3ª Ré), bem assim a excessiva sobrejornada especialmente aos domingos, sábados e feriados, o que impedia o obreiro de partilhar juntamente com sua família de momentos de integração social e familiar [...] (f. 16 – grifo do original).

O tratamento com rigor excessivo por parte da reclamada, não foi demonstrado pelo reclamante.

Também não ficou caracterizada, por qualquer elemento de prova, a existência de dor psíquica, situação vexatória ou abalo a moral, autoestima ou honra objetiva e subjetiva do reclamante pela falta de pagamento das vantagens previstas para os empregados da terceira reclamada.

Não estando presentes os requisitos que ensejam a obrigação de indenizar, o recurso não é provido.

2.10 – HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS

Na origem foram deferidos honorários assistenciais em 5% sobre o valor da condenação e o reclamante pretende a majoração desse valor.

Os honorários assistenciais podem ser arbitrados em até 15% (Súmula 219 do TST).

Considerando a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido, razoável a fixação dos honorários assistenciais em 10% sobre o valor arbitrado à condenação, considerando que tais



PROCESSO Nº 0001223-36.2010.5.24.0004-R0.1

matérias têm sido constantemente reiteradas nesta Corte Trabalhista.

Recurso provido.

POSTO ISSO

ACORDAM os Desembargadores da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, em aprovar o relatório, conhecer do recurso e das contrarrazões; no mérito, por maioria, dar parcial provimento ao recurso do reclamante para afastar a inépcia da inicial no tocante ao tíquete alimentação e sobreaviso, declarar a ilicitude da terceirização e reconhecer o vínculo de emprego diretamente com a terceira reclamada (OI S.A) e para condená-la a proceder à retificação da CTPS e a pagar diferenças salariais decorrentes de reajustes salariais normativos e honorários assistenciais em 10% sobre o valor da condenação, bem como para condenar a primeira reclamada (TX Telecomunicações Ltda.) e a segunda reclamada (Telemont - Engenharia de Telecomunicações S.A) a responderem solidariamente pelos créditos do reclamante, tudo nos termos do voto do Desembargador Ricardo Geraldo Monteiro Zandona (relator), vencidos em parte o Desembargador Nicanor de Araújo Lima (revisor), que lhe dava provimento menos amplo, e o Juiz Convocado Júlio César Bebber, que lhe dava provimento mais amplo. Ausente, por motivo justificado, o Desembargador João de Deus Gomes de Souza.

Arbitra-se novo valor à condenação no importe de R\$2.000,00 e custas processuais de R\$40,00 pela terceira reclamada (OI S.A.), nos termos da Instrução Normativa n. 3/93 do C. TST.

Determina-se a remessa dos autos à Coordenação de Cadastro Processual (CCP) para alteração da denominação social da terceira reclamada Brasil Telecom



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

PROCESSO Nº 0001223-36.2010.5.24.0004-R0.1

S.A., para OI S.A., conforme requerimento de f. 693 e documentos de f. 714-720.

Campo Grande, 24 de julho de 2013.

RICARDO GERALDO MONTEIRO ZANDONA
Desembargador do Trabalho
Relator