



PROCESSO Nº 0001560-63.2012.5.24.0001-RO.1

A C Ó R D Ã O
2ª Turma

Relator : Des. RICARDO GERALDO MONTEIRO ZANDONA
Revisor : Des. NICANOR DE ARAÚJO LIMA
Recorrente : LARISSA BASTOS SLEIMAN
Advogados : Débora Bataglin Coquemala de Sousa e outro
Recorridas : BRASIL TELECOM CALL CENTER E OUTRO
Advogados : Renata Gonçalves Tognini e outro
Recorrente : BRASIL TELECOM CALL CENTER S.A.
Advogados : Renata Gonçalves Tognini e outros
Recorrida : LARISSA BASTOS SLEIMAN
Advogados : Débora Bataglin Coquemala de Sousa e outro
Origem : 1ª Vara do Trabalho de Campo Grande/MS

TELECOMUNICAÇÕES. OI S.A. AGENTE DE TELEMARKETING. ATIVIDADE-FIM. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. Como a atividade principal da tomadora é a exploração de serviços de telecomunicações em geral, o trabalho realizado na função de agente de telemarketing, 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. Verificada a ilicitude da terceirização, o vínculo de emprego deve ser reconhecido com a tomadora de serviços (Súmula 331-I do Colendo TST). Recurso da reclamante provido, no particular.

Vistos, relatados e discutidos estes autos (PROC. Nº 0001560-63.2012.5.24.0001-RO.1) em que são partes LARISSA BASTOS SLEIMAN (reclamante), BRASIL TELECOM CALL CENTER e OI S.A. (reclamadas).

Trata-se de recurso ordinário interposto pela reclamante e pela primeira reclamada (BRASIL TELECOM CALL CENTER) em face da sentença de f. 273-288, proferida pelo Juiz do Trabalho Gustavo Doreto Rodrigues, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando as



PROCESSO Nº 0001560-63.2012.5.24.0001-RO.1

reclamadas solidariamente.

A reclamante, às f. 289-296, pretende a reforma da decisão no tocante à ilicitude da terceirização, às diferenças salariais, às vantagens advindas dos ACTs, art. 384 da CLT e indenização por danos morais.

A primeira reclamada (BRASIL TELECOM CALL CENTER), às f. 298-301, pretende a reforma da decisão relativamente à integração do tíquete-refeição, às horas extras e reflexos e aplicação da OJ 394/TST.

Depósito recursal e custas processuais à f. 302 e verso.

Contrarrrazões da reclamante às f. 307-310 e das reclamadas às f. 312-318.

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

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

As reclamadas pugnam em contrarrrazões pelo não conhecimento do recurso por ausência de dialeticidade, bem como ausência de clareza na construção da peça recursal (f. 313 verso).

Existe motivação recursal o bastante para seu conhecimento, não prejudicando a defesa.

As teses apresentadas pela reclamante revelam impugnação aos termos da sentença, viabilizando a devolução das matérias.

Analizados os pressupostos legais de admissibilidade: cabimento e adequação, legitimação para recorrer, interesse em recorrer, inexistência de causa



PROCESSO Nº 0001560-63.2012.5.24.0001-RO.1

impeditiva ou extintiva do poder de recorrer, tempestividade, regularidade de forma, depósito recursal e custas processuais.

Os recursos e as contrarrazões são conhecidos.

2 - MÉRITO

2.1 - RECURSO DA RECLAMANTE

2.1.1 - TERCEIRIZAÇÃO - ILICITUDE

Na sentença foi declarada a licitude da terceirização e, por conseguinte, a improcedência do pedido de reconhecimento de vínculo empregatício diretamente com a segunda reclamada (OI S.A.), mas condenando-a à responsabilidade solidária, bem como foram indeferidos os pedidos de diferença salarial e demais vantagens fundadas na isonomia com os empregados da tomadora de serviços.

A reclamante argumenta que a terceirização é ilícita, pois laborava na atividade-fim da empresa tomadora dos serviços.

A reclamante foi admitida pela primeira reclamada (Brasil Telecom Call Center S.A), na função de agente de atendimento, para prestar serviços em prol da segunda reclamada Brasil Telecom S.A., cuja denominação social foi alterada para OI S.A.

De acordo com o estatuto social acostado aos autos, a Brasil Telecom 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. 196).



PROCESSO Nº 0001560-63.2012.5.24.0001-RO.1

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

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 parágrafo 2º, acima transcrito, são realizadas em benefício dos próprios clientes da concessionária.

O atendimento desses clientes por intermédio do sistema de telefonia integra a atividade principal da tomadora - exploração de serviços de telecomunicações em geral - porque essencial à consecução do seu objetivo social.

A subordinação que se evidencia nesses 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



PROCESSO Nº 0001560-63.2012.5.24.0001-RO.1

diretamente com a tomadora de serviços.

Condena-se a segunda reclamada (atual OI S.A) a proceder à retificação na CTPS da reclamante, no prazo de cinco dias, a contar da intimação específica para 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 à reclamante, já declarada na origem.

Recurso provido.

Passa-se à análise dos demais pedidos formulados pela reclamante, conforme preceitua o art. 515, § 3º, do CPC.

2.1.2 - DIFERENÇAS SALARIAIS - ISONOMIA

Na sentença foi rejeitado o pedido de diferenças salariais fundado em isonomia.

A reclamante afirma que o objetivo do contrato de terceirização foi reduzir os salários dos funcionários (f. 291 verso), razão pela qual, com o reconhecimento da ilicitude, requer o pagamento das diferenças salariais por efetuar funções similares às realizadas por funcionários da tomadora de serviços.

A reclamante não comprovou que a OI S.A. (atual denominação da Brasil Telecom S.A.) tivesse contratado empregados para a mesma atividade por ela exercida, pagando-lhes remuneração superior à recebida. Observa-se que o TRCT de f. 134 não especifica o cargo exercido.

Recurso não provido.



PROCESSO Nº 0001560-63.2012.5.24.0001-RO.1

2.1.3 - VANTAGENS PREVISTAS EM ACT

Na sentença foi rejeitada a extensão das vantagens dos ACTs firmados pela reclamada OI S.A., tendo em vista o reconhecimento da licitude na terceirização.

A reclamante sustenta que a terceirização lícita ou ilícita permite a comunicabilidade entre os direitos e vantagens mínimas estabelecidas pelo tomador de serviços (f. 291 verso).

Com o reconhecimento de vínculo empregatício diretamente com a tomadora de serviços (tópico 2.1), a reclamante tem direito aos mesmos benefícios previstos em norma coletiva e extensíveis a todos os empregados da OI S.A. (antes Brasil Telecom S.A.).

A reclamante foi admitida em 24.08.2009 e a rescisão contratual ocorreu em 07.03.2012, sem justa causa (CTPS de f. 28).

Estão nos autos os seguintes instrumentos coletivos firmados pela Brasil Telecom S.A.: ACT 2009/2010 com vigência de 1º.12.2009 a 31.10.2010 (f. 100-105) e vigência de 1º.09.2009 a 31.10.2010 (f. 106-114); ACT 2010/2012 com vigência de 1º.11.2010 a 31.10.2012 (f. 119-124 e f. 125-1133). O ACT 2009/2011 (f. 115-118) trata exclusivamente da instituição de comissão de conciliação prévia.

A petição inicial limita o pedido a: **auxílio alimentação; abono indenizatório; parcela relativa à participação nos resultados e reajustes salariais** [...] refletindo em todas as verbas (f. 09 - grifos acrescidos) [...] as **Horas Extraordinárias com acréscimo de 60%** (f. 12 - grifos acrescidos).

O reajuste salarial tem previsão na cláusula 3ª do ACT 2009/2010 (f. 106-107) e ACT 2010/2012 (f. 125-126).



PROCESSO Nº 0001560-63.2012.5.24.0001-RO.1

O adicional de horas extras está previsto na cláusula 3ª do ACT 2009/2010 e ACT 2010/2012, com o percentual de 50% sobre o valor da hora normal (f. 100 e 119).

A concessão de tíquete alimentação está prevista na cláusula 8ª do ACT 2009/2010 (f. 108) e na cláusula 6ª do ACT 2010/2012 (f. 126-127), sendo que o parágrafo quarto de ambas as cláusulas prescreve o reconhecimento do caráter indenizatório da verba.

Não constam abonos indenizatórios nos instrumentos coletivos apresentados pela reclamante.

Há previsão normativa quanto à participação nos resultados nos ACTs 2009/2009 (f. 91-99), válida apenas para o ano de 2009 (cláusula oitava - f. 97) e condicionada ao cumprimento de metas.

O trabalhador, parte hipossuficiente da relação de emprego, em regra, não tem condições de reunir provas durante essa vinculação para serem utilizadas em ulterior ação trabalhista. Assim, não é possível exigir da reclamante o comprovante de cumprimento de metas. 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.

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 foi feito.

Reconhece-se o direito da reclamante às seguintes vantagens previstas nos instrumentos coletivos, observada a vigência e os limites do pedido: a) reajustes



PROCESSO Nº 0001560-63.2012.5.24.0001-RO.1

salariais, com reflexos em aviso prévio, 13º salários, férias acrescidas de 1/3 e FGTS; b) tíquete alimentação, sem reflexos, em virtude do conteúdo da norma coletiva; c) participação em lucros e resultados em 2009.

Rejeita-se o pleito de reflexos de diferenças salariais decorrentes dos reajustes, ora reconhecidos, em repouso semanal remunerado, pois sendo a reclamante empregada mensalista, o reajuste já remunera esse título.

Rejeita-se também a pretensão ao adicional de 60%, para as horas extras.

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

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

Recurso parcialmente provido.

2.1.4 - INTERVALO DO ART. 384 DA CLT

Contra o indeferimento das horas laboradas no intervalo previsto no art. 384 da CLT, a reclamante aduz que a jurisprudência da 2ª Turma deste Regional reconhece o direito pleiteado.

A reclamada defendeu-se ao argumento de que o dispositivo em análise não foi recepcionado pela Constituição Federal (f. 166).

A jurisprudência do C. TST tem adotado entendimento no sentido de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal, considerando que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, contudo diferenciam-se em alguns pontos no tocante ao aspecto fisiológico e, desse modo, a mulher merece um tratamento diferenciado quando o trabalho exige um desgaste físico



PROCESSO Nº 0001560-63.2012.5.24.0001-RO.1

maior, como no caso de prestação de horas extras.

Ressalte-se que o Tribunal Pleno do C. TST, no julgamento do processo RR-1.540/2005-046-12-00.5, rejeitou o incidente de inconstitucionalidade do art. 384 da CLT.

Devidas as horas extras decorrentes da falta do intervalo do art. 384 da CLT, nos dias efetivamente trabalhados em horas extras.

Os reflexos não são deferidos porque não foram especificados pela reclamante (f. 13 e 14 - letra "o").

Recurso parcialmente provido.

2.1.5 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Na sentença rejeitou-se o pedido de indenização por dano moral em razão do reconhecimento da licitude da terceirização, considerando o pedido atrelado à prática de discriminação em razão da não observância dos direitos aplicados aos empregados da segunda reclamada, sendo inexistente indício de empregados que exerçam a mesma função.

Inconformada, a reclamante assevera que o pedido de indenização por danos morais foi 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. 295).

Na petição inicial, a reclamante afirma que:

... deve ser indenizada diante da discriminação praticada pelas rés que, agindo em conjunto ofenderam a dignidade e direitos trabalhistas do autor, especialmente no tocante ao pagamento de salários e vantagens inferiores aos recebidos por outros funcionários (contratados diretamente pela 2ª Ré) [...] diante da redução salarial, enquadramento indevido, não concessão dos benefícios dos ACTs, não pagamento das horas extras diante do



PROCESSO Nº 0001560-63.2012.5.24.0001-RO.1

labor executado sem ser recompensado, enfim, alternativa outra não resta, a não ser condenar as Requeridas, conforme pedido final (f. 12).

O tratamento com rigor excessivo por parte da reclamada não foi demonstrado pela 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 da reclamante pela falta de pagamento das vantagens previstas para os empregados da segunda reclamada.

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

2.2 - RECURSO DA PRIMEIRA RECLAMADA (BRASIL TELECOM CALL CENTER

2.2.1 - INTEGRAÇÃO DO TÍQUETE REFEIÇÃO

Insurge-se a reclamada contra a sentença que deferiu a integração do tíquete alimentação aos salários, com repercussão no aviso prévio indenizado, décimos terceiros salários e férias com o terço constitucional, argumentando que diante da inclusão no PAT, não há falar de natureza salarial da parcela.

Conforme decidido no tópico 2.1.1, reconheceu-se que a reclamante manteve vínculo empregatício com a segunda reclamada (OI S.A.), razão pela qual se aplicam o disposto nos acordos coletivos de trabalho firmados com essa reclamada, na forma disposta no item e 2.1.3, considerando-se o caráter indenizatório da tíquete alimentação de da verba.



PROCESSO Nº 0001560-63.2012.5.24.0001-RO.1

Recurso provido para excluir da condenação a integração do tíquete refeição aos salários.

2.2.2 - HORAS EXTRAS - DIFERENÇAS

Na sentença foram deferidas diferenças de horas extras anotadas nos cartões de ponto e não pagas, consideradas as excedentes da sexta diária ou 36ª semanal, o que for mais benéfico à reclamante.

Aduz a reclamada que diante da confissão ficta da reclamante e de que não houve demonstração de diferenças quantitativas de horas extras trabalhadas e não pagas, não são devidas horas extras. Sucessivamente, pugna pela compensação dos valores pagos.

Em impugnação à defesa, a reclamante destacou diferenças entre as horas extras trabalhadas e não pagas, conforme (f. 269 e verso).

Vínculo 24.08.2009 a 07.03.2012 (CTPS de f. 28).

É incontroversa a jornada contratual de 6 horas diárias, com vinte minutos de intervalo (cartões de ponto - f. 221-251).

Considerados válidos os cartões de ponto, não há falar em aplicação de confissão ficta.

O demonstrativo feito pela reclamante não considera o intervalo intrajornada indicado nos cartões (de vinte minutos). Por exemplo, apontou no dia 25.03.2011 6h22min trabalhadas no turno D, finalizando com 22 minutos de horas extras (f. 269). A jornada anotada é das 08h18min às 14h40min, com 20 minutos de intervalo (f. 240).

Contudo, no mês de fevereiro de 2011, a reclamante trabalhou em jornada extraordinária nos dias 17,



PROCESSO Nº 0001560-63.2012.5.24.0001-RO.1

22 e 23 (f. 238-239), não havendo nenhum pagamento respectivo (ficha financeira - f. 219).

A reclamada também não demonstra o cumprimento das regras estabelecidas para a compensação das horas extras (cláusula sétima do ACT 2009/2010 - f. 102-103 e cláusula oitava do ACT 2010/2012 - f. 122-123).

Assim, deve ser mantida a condenação originária, observando-se os parâmetros estipulados e os dias efetivamente trabalhados.

A dedução dos valores foi determinada na sentença (f. 281).

Ressalvado o entendimento pessoal por considerar que a repercussão integrativa e com reflexos encontra apoio na Lei n. 605/49, a repercussão conjunta de horas extras e repouso semanal remunerado em outras verbas da contratualidade laboral implica *bis in idem*, nos termos da OJ 394 da SDI-I/TST.

Recurso provido parcialmente.

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 dos recursos e das contrarrazões; no mérito, por maioria, dar-lhes parcial provimento; ao da reclamante para reconhecer ilicitude da terceirização havida e declarar vínculo empregatício diretamente com a tomadora de serviços, condenando a reclamada OI S.A. a proceder à retificação na CTPS da reclamante, e, solidariamente as reclamadas (já condenadas na sentença), ao pagamento de vantagens previstas nos instrumentos coletivos e horas extras referente ao intervalo do art. 384 da CLT; ao da reclamada para excluir da



PROCESSO Nº 0001560-63.2012.5.24.0001-RO.1

condenação a integração do tíquete refeição aos salários e a repercussão conjunta de horas extras e repouso semanal remunerado em outras verbas da contratualidade laboral, nos termos do voto do Desembargador Ricardo Geraldo Monteiro Zandona (relator), vencido em parte o Desembargador Nery Sá e Silva de Azambuja, que dava provimento menos amplo ao recurso patronal. Com base no parágrafo único do artigo 135 do CPC, declarou sua suspeição o Desembargador João de Deus Gomes de Souza.

Arbitra-se à condenação o valor de R\$10.000,00, custas no importe de R\$200,00, pelas reclamadas.
Campo Grande, 5 de fevereiro de 2014.

RICARDO GERALDO MONTEIRO ZANDONA
Desembargador do Trabalho
Relator