



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho

Revista do
**Tribunal Regional
do Trabalho
da 1ª Região**
Doutrina – Jurisprudência – Legislação

Repositório oficial de julgados
(TST, RI, art. 226, parágrafo único)

COMISSÃO DA REVISTA

Des. Alexandre de Souza Agra Belmonte - Presidente

Des. Marcos de Oliveira Cavalcante

Juiz Eduardo Henrique von Adamovich

ORGANIZAÇÃO, INDEXAÇÃO e EDITORAÇÃO

Seção de Pesquisa e Publicação (Sepep/Dorc/SGC)

CAPA

Arte gráfica de Ricardo Bermúdez

CONTATO

Seção de Pesquisa e Publicação

Avenida Augusto Severo, 84, 4º andar, sala 42 – Rio de Janeiro (RJ), CEP 20021-040

Telefone: (21) 3512-7254 / (21) 3512-7255 / (21) 3512-7403

E-mail: sepep@trt1.jus.br / Site: www.trt1.jus.br

IMPRESSÃO

Walprint Gráfica e Editora Ltda.

TIRAGEM

3.500 exemplares

Disponível em formato eletrônico no site www.trt1.jus.br

As opiniões expressas nos artigos doutrinários publicados nesta Revista são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores.

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região / Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. – n. 1, (jan. 1970). – Rio de Janeiro: TRT 1ª Região, 1970-

Semestral.

Mensal, n. 1-10; irregular, n. 11-32; quadrimestral, n. 33-38; semestral, n. 39-44; anual, n. 45-46.

Edições de n. 39 (jan./jun. 2005)-n. 46 (2009) têm o título: Revista do TRT/EMATRA-1ª Região.

ISSN 2178-5651

1. Direito do trabalho. 2. Direito processual do trabalho. 3. Jurisprudência trabalhista. 4. Justiça do Trabalho. I. Brasil. Tribunal Regional do Trabalho (1. Região).

CDD 344.01

Sumário

APRESENTAÇÃO	7
INSTITUCIONAL	11
COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL.....	13
GALERIA DE FOTOS.....	25
PRODUÇÃO INTELECTUAL.....	31
JUSTIÇA EM NÚMEROS	33
Litigiosidade no 2º Grau	33
PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO	37
GRANDES TEMAS – TELEMARKETING	45
MEMÓRIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO	47
LEGISLAÇÃO PERTINENTE	51
DOUTRINAS.....	53
Serviços de teleatendimento: aspectos jurídicos materiais e processuais controvertidos	55
Alexandre Agra Belmonte	
Operadores de teleatendimento (<i>telemarketing</i>): algumas reflexões.....	69
Nelson Mannrich	
<i>Telemarketing</i> : atividade-meio ou atividade-fim?.....	80
Marcel da Costa Roman Bispo	
Duração do trabalho do operador de <i>telemarketing</i> e atividades afins	89
Marcelo Moura	
A inaplicabilidade de jornada reduzida e intervalos específicos ao operador de teleatendimento	97
Ricardo Georges Affonso Miguel	
Reflexões sobre o dano moral nos conflitos relacionados ao trabalhador que exerce atividade de teleatendimento.....	100
Roberta Ferme Sivoiella	

Os descaminhos do assédio moral nas atividades de <i>telemarketing</i>	111
Daltr Alberto Jaña Marques de Oliveira	
A força vinculante das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego (NRs do MTE) e o Anexo II da NR-17	119
José Affonso Dallegrave Neto	
Notas sobre trabalho e adoecimento no setor de <i>telemarketing</i>	124
Marinês Trindade	
Terceirização – Entes estatais – Súmula 331, IV, do TST – ADC 16. Responsabilidade objetiva ou subjetiva da Administração Pública?	133
Rosildo Bomfim	
TEMAS DIVERSOS	141
O sentido do direito: a polêmica Jusnaturalismo x Positivismo Parte II	143
Marcos Cavalcante	
Reflexos do avanço da tecnologia e da globalização nas relações de trabalho: novas profissões e métodos de execução do trabalho Parte II	161
Vólia Bomfim Cassar	
DECISÕES DA 2ª INSTÂNCIA	171
Recurso Ordinário: 0072800-55.2008.5.01.0046 <i>Direito do Trabalho. Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios. Salário/Diferença Salarial. Salário por Equiparação/Isonomia. Quadro de carreira</i>	173
Desembargadora Federal Aurora de Oliveira Coentro	
Recurso Ordinário: 0042900-06.2008.5.01.0247 <i>Direito do Trabalho. Responsabilidade Solidária/Subsidiária. Tomador de Serviços/Terceirização</i>	177
Desembargador Federal José Antonio Teixeira da Silva	
Recurso Ordinário: 0149900-34.2009.5.01.0246 <i>Direito do Trabalho. Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios. Salário/Diferença Salarial</i>	189
Desembargador Federal Flávio Ernesto Rodrigues Silva	
Recurso Ordinário: 0140900-30.2007.5.01.0068 <i>Direito do Trabalho. Responsabilidade Civil do Empregador/Empregado. Indenização por Dano Moral</i>	195
Desembargador Federal Jorge Fernando Gonçalves da Fonte	
Recurso Ordinário: 0109400-88.2007.5.01.0247 <i>Direito do Trabalho. Sentença Normativa/Convenção e Acordo Coletivos de Trabalho</i>	203
Desembargador Federal Alexandre de Souza Agra Belmonte	
Recurso Ordinário: 0025400-79.2005.5.01.0004 <i>Direito do Trabalho. Sentença Normativa/Convenção e Acordo Coletivos de Trabalho</i>	211
Desembargador Federal Valmir de Araujo Carvalho	
Recurso de Revista: 27500-89.2005.5.10.0801 <i>Direito do Trabalho. Responsabilidade Solidária/Subsidiária. Tomador de Serviços/Terceirização. Ente Público</i>	219
Ministro Walmir Oliveira da Costa	

SÚMULAS 241

EMENTÁRIO 247

ÍNDICES 287

ÍNDICE DE ASSUNTOS 289

ÍNDICE ONOMÁSTICO 291

ÍNDICE REMISSIVO 293

APRESENTAÇÃO

Dando seguimento aos grandes temas, apresentamos, neste número, uma compilação de normas, artigos e decisões relacionadas ao teleatendimento em *call centers*.

A palavra *telemarketing* foi originalmente concebida com o significado de promoção de vendas e serviços por telefone. Atualmente engloba a telecobrança, a pesquisa de perfil do consumidor, a viabilidade ou conceito de um produto ou serviço, o conceito de uma empresa, o atendimento ao consumidor (SAC) e o suporte técnico, daí a denominação alternativa de teleatendimento.

O espaço reservado para o exercício da atividade de *telemarketing*/teleatendimento é denominado *call center*, que pode ser próprio de uma empresa ou então terceirizado. São inúmeras as empresas que prestam especificamente esse tipo de serviço especializado.

Trata-se, portanto, de um mercado em franca expansão, que disponibiliza milhares de postos de trabalho, mormente em virtude da regulamentação da Lei nº 8.078/90 pelo Decreto nº 6.523/08, que fixa as normas gerais relacionadas ao serviço de atendimento telefônico das prestadoras de serviços que tenham como finalidade resolver as demandas dos consumidores sobre informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento de contratos e de serviços.

A Portaria SIT nº 09, de 30 de março de 2007, do Ministério do Trabalho e Emprego (Anexo II da NR-17) estabelece os parâmetros mínimos para o trabalho em atividades de teleatendimento/*telemarketing* nas diversas modalidades do serviço. Eles se aplicam a todas as empresas que mantêm serviço de teleatendimento/*telemarketing* nas modalidades ativo ou receptivo em centrais de atendimento telefônico e/ou centrais de relacionamento com clientes (*call centers*), para prestação de serviços, informações e comercialização de produtos.

Nos termos da referida Portaria, entende-se como *call center* o ambiente de trabalho no qual a principal atividade é conduzida via telefone e/ou rádio com utilização simultânea de terminais de computador, e como trabalho de teleatendimento/*telemarketing* aquele cuja comunicação com interlocutores clientes e usuários é realizada a distância por intermédio da voz e/ou mensagens eletrônicas, com a utilização simultânea de equipamentos de audição/escuta e fala telefônica e sistemas informatizados ou manuais de processamento de dados (itens 1.1.1. e 1.1.2. do Anexo II da NR-17).

A citada Portaria estabelece, nos itens 5.3 e 5.3.1, que a jornada diária é de 6 (seis) horas de trabalho e a duração semanal é de 36 (trinta e seis) horas de labor.

Conforme dispõe o item **5.1.1.**, aos trabalhadores em atividade de teleatendimento é assegurado, nos casos previamente autorizados, pelo menos um dia de repouso semanal remunerado coincidente com o domingo a cada mês, independentemente de metas, faltas e/ou produtividade. Estabelece ainda, no item **5.1.3.**, que a duração das jornadas de trabalho somente poderá prolongar-se além do limite previsto nos termos da lei em casos excepcionais, por motivo de força maior, necessidade imperiosa ou para a realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto, conforme dispõe o artigo 61 da CLT, realizando a comunicação à autoridade competente, prevista no § 1º do mesmo artigo, no prazo de 10 (dez) dias.

De acordo com o item **5.1.3.1.**, em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso mínimo de 15 (quinze) minutos antes do início do período extraordinário do trabalho, de acordo com o artigo 384 da CLT.

Para prevenir sobrecarga psíquica, muscular estática de pescoço, ombros, dorso e membros superiores, o item 5.4. da NR-17 estabelece a necessidade de fruição, pelos trabalhadores de teleatendimento, de 2 (duas) pausas remuneradas de 10 (dez) minutos cada, uma após os primeiros sessenta minutos de trabalho e outra antes do últimos sessenta minutos de atividade, sem prejuízo do intervalo para repouso e alimentação, não remunerado, de 20 (vinte) minutos (itens 5.4.1 e 5.4.2.).

Estabelece o item **5.7.** da NR-17 que, com o fim de permitir a satisfação das necessidades fisiológicas, as empresas devem permitir que os operadores saiam de seus postos de trabalho a qualquer momento da jornada, sem repercussões sobre suas avaliações e remunerações, além do que os mecanismos de monitoramento da produtividade, tais como mensagens nos monitores de vídeo, sinais luminosos, cromáticos ou sonoros, ou indicações do tempo utilizado nas ligações ou de filas de clientes em espera, não podem ser utilizados para aceleração do trabalho e, quando existentes, deverão estar disponíveis para consulta pelo operador, a seu critério (item 5.9.).

Finalmente, de acordo com o item **5.13.**, é vedada a utilização de métodos que causem assédio moral, medo ou constrangimento, tais como: a) estímulo abusivo à competição entre trabalhadores ou grupos/equipes de trabalho; b) exigência de que os trabalhadores usem, de forma permanente ou

temporária, adereços, acessórios, fantasias e vestimentas com o objetivo de punição, promoção e propaganda; e, c) exposição pública das avaliações de desempenho dos operadores.

Apesar da NR-17, não são poucas as questões jurídicas relacionadas aos *call centers* e serviço de *telemarketing/teleatendimento*. Elas têm início na própria caracterização da função de operador de *telemarketing/teleatendimento*, que muitas empresas, para contornar a lei, insistem em não reconhecer.

Além do problema da caracterização da função, está o do enquadramento. Há empresas que entendem que a atividade de *telemarketing/teleatendimento* não está enquadrada na Lei Geral de Telecomunicações e que, por conta disto, elas não estão submetidas às normas coletivas do Sindicato das Empresas de Telecomunicação. Fazem acordos coletivos em separado, com direitos inferiores aos da própria NR-17.

Como se trata de atividade instrumental, portanto secundária às diversas atividades desenvolvidas pelas empresas, é cabível a terceirização. O problema é que muitas empresas se utilizam de operadores de teleatendimento para o exercício de suas atividades próprias ou principais, recaindo na ilicitude da terceirização e no vínculo direto com a tomadora.

Por outro lado, o Judiciário Trabalhista está repleto de ações em que o trabalhador de teleatendimento é submetido a condições vexatórias de trabalho, com a divulgação pública de resultados de desempenho e constrangimentos para a utilização do banheiro durante a jornada de trabalho.

Considerando tais questões, procuramos, nesta edição, reunir normas jurídicas, artigos de juristas e decisões de tribunais, notadamente do TRT da 1ª Região, demonstrando os problemas referentes ao assunto que vêm afligindo a comunidade jurídica e as soluções que têm sido adotadas na interpretação autônoma e heterônoma das normas trabalhistas aplicáveis.

Esperamos que esta edição possa contribuir para o esclarecimento de dúvidas relacionadas ao tema e para suscitar outras tantas.

Desembargador Federal Alexandre Agra Belmonte
Presidente da Comissão da Revista

INSTITUCIONAL

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL

(vigente em dezembro de 2010)

PRESIDENTE

Desembargador Aloysio Santos

VICE-PRESIDENTE

Desembargadora Gloria Regina Ferreira Mello

CORREGEDOR

Desembargadora Maria de Lourdes D'Arrochella Lima Sallaberry

VICE-CORREGEDOR

Desembargadora Maria das Graças Cabral Viegas Paranhos

ÓRGÃO ESPECIAL

Des. Aloysio Santos — Presidente
Des. Luiz Augusto Pimenta de Mello
Des. Nelson Tomaz Braga
Des. Paulo Roberto Capanema da Fonseca
Des. Mirian Lippi Pacheco
Des. Alberto Fortes Gil
Des. Maria de Lourdes D'Arrochella Lima Sallaberry
Des. Gloria Regina Ferreira Mello
Des. José Carlos Novis Cesar
Des. Maria das Graças Cabral Viegas Paranhos
Des. José da Fonseca Martins Junior
Des. Fernando Antonio Zorzenon da Silva
Des. Damir Vrcibradic
Des. Cesar Marques Carvalho
Des. Gustavo Tadeu Alkmim
Des. Evandro Pereira Valadão Lopes

SEÇÕES ESPECIALIZADAS

Dissídios Coletivos — Presidente Des. Aloysio Santos

Dissídios Individuais — Presidente Des. Jorge Fernando Gonçalves da Fonte

PRIMEIRA TURMA

Des. Elma Pereira de Melo Carvalho — Presidente

Des. José Nascimento Araujo Netto

Des. Mery Bucker Caminha

Des. Gustavo Tadeu Alkmim

Des. Marcos Antonio Palacio

SEGUNDA TURMA

Des. José Carlos Novis Cesar — Presidente

Des. Aurora de Oliveira Coentro

Des. Valmir de Araujo Carvalho

Des. Maria Aparecida Coutinho Magalhães

TERCEIRA TURMA

Des. Carlos Alberto Araujo Drummond — Presidente

Des. Edith Maria Corrêa Tourinho

Des. José Luiz da Gama Lima Valentino

Des. Jorge Fernando Gonçalves da Fonte

Des. Rildo Albuquerque Mousinho de Brito

QUARTA TURMA

Des. Luiz Augusto Pimenta de Mello — Presidente

Des. Luiz Alfredo Mafra Lino

Des. Damir Vrcibradic

Des. Cesar Marques Carvalho

Des. Angela Fiorencio Soares da Cunha

QUINTA TURMA

Des. Mirian Lippi Pacheco — Presidente

Des. Tania da Silva Garcia

Des. Antonio Carlos Areal

SEXTA TURMA

Des. Nelson Tomaz Braga — Presidente
Des. José Antonio Teixeira da Silva
Des. Theocrito Borges dos Santos Filho
Des. Alexandre de Souza Agra Belmonte

SÉTIMA TURMA

Des. Fernando Antonio Zorzenon da Silva — Presidente
Des. Rosana Salim Villela Travesedo
Des. José Geraldo da Fonseca
Des. Evandro Pereira Valadão Lopes
Des. Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha

OITAVA TURMA

Des. Alberto Fortes Gil — Presidente
Des. Ana Maria Soares de Moraes
Des. Roque Lucarelli Dattoli
Des. Marcelo Augusto Souto de Oliveira

NONA TURMA

Des. José da Fonseca Martins Junior — Presidente
Des. Antônio Carlos de Azevedo Rodrigues

DÉCIMA TURMA

Des. Paulo Roberto Capanema da Fonseca — Presidente
Des. Flávio Ernesto Rodrigues Silva
Des. Ricardo Damiano Areosa
Des. Marcos de Oliveira Cavalcante
Des. Célio Juaçaba Cavalcante

DESEMBARGADORES¹

Luiz Augusto Pimenta de Mello
Nelson Tomaz Braga
Paulo Roberto Capanema da Fonseca
Aloysio Santos
Mirian Lippi Pacheco
Alberto Fortes Gil
Maria de Lourdes D'Arrochella Lima Sallaberry
Carlos Alberto Araujo Drummond
Gloria Regina Ferreira Mello
Elma Pereira de Melo Carvalho
José Carlos Novis Cesar
Maria das Graças Cabral Viegas Paranhos
José da Fonseca Martins Junior
Tania da Silva Garcia
Ana Maria Soares de Moraes
Fernando Antonio Zorzenon da Silva
José Nascimento Araujo Netto
Aurora de Oliveira Coentro
Edith Maria Corrêa Tourinho
Antonio Carlos Areal
Luiz Alfredo Mafra Lino
Damir Vrcibradic
Rosana Salim Villela Travesedo
José Antonio Teixeira da Silva
Mery Bucker Caminha
Cesar Marques Carvalho
José Luiz da Gama Lima Valentino
Antônio Carlos de Azevedo Rodrigues
José Geraldo da Fonseca
Flávio Ernesto Rodrigues Silva
Jorge Fernando Gonçalves da Fonte
Gustavo Tadeu Alkmim
Evandro Pereira Valadão Lopes
Theocrito Borges dos Santos Filho
Alexandre de Souza Agra Belmonte
Valmir de Araujo Carvalho
Ricardo Areosa
Angela Fiorencio Soares da Cunha
Marcos Antonio Palacio
Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha
Marcos Cavalcante

1. Por ordem de antiguidade.

Maria Aparecida Coutinho Magalhães
Célio Juaçaba Cavalcante
Roque Lucarelli Dattoli
Marcelo Augusto Souto de Oliveira
Rildo Albuquerque Mousinho de Brito

JUÍZES TITULARES²

Nuria de Andrade Peris
Rogério Lucas Martins
Roberto Norris
Claudia de Souza Gomes Freire
Márcia Leite Nery
Bruno Losada Albuquerque Lopes
Dalva Amélia de Oliveira
Marcelo Antero de Carvalho
Paulo Marcelo de Miranda Serrano
Ivan da Costa Alemão Ferreira
Angelo Galvão Zamorano
Leydir Kling Lago Alves da Cruz
Giselle Bondim Lopes Ribeiro
Manuel Alves de Santana
Vólia Bomfim Cassar
Leonardo Dias Borges
Alvaro Luiz Carvalho Moreira
Gláucia Zuccari Fernandes Braga
Francisco de Assis Macedo Barreto
Patrícia Pellegrini Baptista da Silva
Cláudia Regina Vianna Marques Barrozo
Monica Batista Vieira Puglia
Maria Helena Motta
Ronaldo Becker Lopes de Souza Pinto
José Roberto Crisafulli
Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich
Jorge Orlando Sereno Ramos
Carlos Henrique Chernicharo
Daniela Collomb Michetti
Raquel de Oliveira Maciel
Alba Valéria Guedes Fernandes da Silva
Lúcia Maria Motta de Oliveira Barros
Leonardo da Silveira Pacheco
Antonio Paes Araujo
Maurício Caetano Lourenço
Marise Costa Rodrigues
José Veillard Reis
Cláudia Maria Samy Pereira da Silva
Sérgio Rodrigues Heckler
Marta Verônica Borges Vieira
Alvaro Antonio Borges Faria
Benimar Ramos de Medeiros Marins

2. Por ordem de antiguidade.

José Antonio Piton
Evelyn Corrêa de Guamá Guimarães Spelta
Cláudio José Montesso
Moisés Luis Gerstel
Heloisa Juncken Rodrigues
Márcia Regina Leal Campos
Leila Costa de Vasconcelos
Rosane Ribeiro Catrib
Dalva Macedo
Jacqueline Lippi Rodrigues Moura
José Monteiro Lopes
José Mateus Alexandre Romano
Hugo Schiavo
Marcel da Costa Roman Bispo
José Horta de Souza Miranda
Roberto da Silva Fragale Filho
Linda Brandão Dias
José Saba Filho
Denize Pinto D'Assumpção
Márcia Cristina Teixeira Cardoso
Claudia Maia Teixeira
Rosângela Kraus de Oliveira
Maurício Paes Barreto Pizarro Drummond
André Gustavo Bittencourt Villela
Henrique da Conceição Freitas Santos
Marcelo Segal
Sílvia Regina da Silva Barros da Cunha
Nelie Oliveira Perbeils
Luiz Nelcy Pires de Souza
Mônica Rocha de Castro
Denise Ferreira de Souza Barros Pacheco
Nathalia Thami Chalub
Katia Emilio Louzada
Mauren Xavier Seeling
Paulo Guilherme Santos Périssé
Maria Letícia Gonçalves
Marcelo José Duarte Raffaele
Cissa de Almeida Biasoli
Gabriela Canellas Cavalcanti
Anna Elizabeth Junqueira Ayres Manso Cabral Jansen
Gisela Ávila Lutz
Oswaldo Henrique Pereira Mesquita
Alexandre Armando Couce de Menezes
Gisele Rosich Soares Velloso

Cristina Solange Rocha Xavier
Érico Santos da Gama e Souza
Gustavo Eugênio de Carvalho Maya
Cláudio Olímpio Lemos de Carvalho
Múcio Nascimento Borges
Paulo de Tarso Machado Brandão
Americo Cesar Brasil Corrêa
Maria Thereza da Costa Prata
Cléa Maria Carvalho do Couto
Miriam Valle Bittencourt da Silva
Hélio Ricardo Silva Monjardim da Fonseca
Luciana Gonçalves de Oliveira Pereira das Neves
Eliane Zahar
Enéas Mendes da Silva
Raquel Rodrigues Braga
Ana Rita Lugon Ramacciotti
Anélita Assed Pedroso
Áurea Regina de Souza Sampaio
Maria Alice de Andrade Novaes
Mirna Rosana Ray Macedo Corrêa
Claudio Aurelio Azevedo Freitas
Juliana Ribeiro Castello Branco
Sonia Maria Martinez Tomaz Braga
Otavio Amaral Calvet
Maria Bernadete Miranda Barbosa da Silva
Renata Jiquiriçá
Marcelo Antonio de Oliveira Alves de Moura
Ana Celina Laks Weissblüth
Flávia Alves Mendonça Aranha
Renato Abreu Paiva
Simone Poubel Lima
Fernando Reis de Abreu
Ricardo Georges Affonso Miguel
Roseana Mendes Marques
Patrícia da Silva Lima
José Augusto Cavalcante dos Santos
Patrícia de Medeiros Ribeiro Cavalcante
Eduardo Henrique Elgarten Rocha
Mauricio Madeu
Monica de Almeida Rodrigues

JUÍZES SUBSTITUTOS³

Anita Natal
Derly Mauro Cavalcante da Silva
Claudia Regina Reina Pinheiro
Danielle Soares Abeijon
Nelise Maria Behnken
Claudia de Abreu Lima Pisco
Andre Corrêa Figueira
George Luis Leitão Nunes
Fabio Rodrigues Gomes
Elísio Corrêa de Moraes Neto
Carlos Eduardo Diniz Maudonet
Adriana Maria dos Remédios B. de M. Cardenas Tarazona
Marcos Dias de Castro
Gilberto Garcia da Silva
Daniela Valle da Rocha Müller
Fernanda Stipp
Cristina Almeida de Oliveira
Rosemary Mazini
Airton da Silva Vargas
Rodrigo Dias Pereira
Marcelo Alexandrino da Costa Santos
Glener Pimenta Stroppa
Ana Cristina Magalhães Fontes
Lila Carolina Mota Pessoa Igrejas Lopes
Teresa Aparecida Farinchon Carelli
Ana Paula Moura Bonfante de Almeida
Alessandra Jappone R. Magalhães
Marco Antonio Belchior da Silveira
Edson Dias de Souza
Flávio Alves Pereira
Francisco Antonio de Abreu Magalhães
Aline Maria de Azevedo Leporaci
Ênio Wilson Alves dos Santos
Adriana Malheiro Rocha de Lima
Epílogo Pinto de Medeiros Baptista
Monique da Silva Caldeira Kozlowski de Paula
Kíria Simões Garcia
Marcelo Ribeiro Silva
Wanessa Donyella Matteucci de Paiva Carelli
Valeska Facure Neves de Salles Soares
Leticia Costa Abdalla
Luciana dos Anjos Reis Ribeiro

3. Por ordem de antiguidade.

Regina Celia Silva Areal
Claudia Marcia de Carvalho Soares
Ronaldo da Silva Callado
Bruno de Paula Vieira Manzini
Evandro Lorega Guimarães
Sofia Fontes Regueira
Robert de Assunção Aguiar
Antônio Carlos Amigo da Cunha
Rita de Cássia Ligiero Armond
Celio Baptista Bittencourt
André Luiz Amorim Franco
Valéria Couriel Gomes Valladares
Andre Luiz da Costa Carvalho
Mônica de Amorim Torres Brandão
Roberto Alonso Barros Rodrigues Gago
Cláudia Siqueira da Silva Lopes
Raquel Pereira de Farias Moreira
Paulo Rogério dos Santos
Gustavo Farah Corrêa
Roberta Ferme Sivolella
Astrid Silva Britto
Kassandra Nataly de Andrade Carvalho e Lima
Aline Tinoco Boechat
Robson Gomes Ramos
Adriana Maia de Lima
Adriana Freitas de Aguiar
Stella Fiuza Cançado
Fernando Resende Guimarães
Ana Beatriz de Melo Santos
Renata Orvita Leconte de Souza
Elisabeth Manhães Nascimento Borges
Juliana Pinheiro de Toledo Piza
Neila Costa de Mendonça
Marco Antonio Mattos de Lemos
Filipe Ribeiro Alves Passos
Debora Blaichman
Paula Cristina Netto Gonçalves Guerra Gama
Roberta Lima Carvalho
Leonardo Saggese Fonseca
Leandro Nascimento Soares
Glaucia Gomes Vergara Lopes
Helen Marques Peixoto
Rossana Tinoco Novaes
Maria Gabriela Nuti
Roberta Torres da Rocha Guimarães

Denise Mendonça Vieites
Josneide Jeanne Carvalho Nascimento
Raquel Fernandes Martins
Thiago Gurjão Alves Ribeiro
André Braga Barreto
Simone Soares Bernardes
Alessandra Regina Trevisan Lambert
Edgar Gurjão Wanderley Neto
Glauco Rodrigues Becho
Jerônimo Borges Pundeck
Glaucio Guagliariello
Diane Rocha Trocoli Ahlert
Marly Costa da Silveira
Anelise Haase de Miranda
Marcela de Miranda Jordão
Michael Pinheiro Mccloghrie
Luciana Muniz Vanoni
Elisangela Figueiredo da Silva
Maria Candida Rosmaninho Soares
Alvaro Marcos Cordeiro Maia

GALERIA DE FOTOS



O TRT/RJ promove o seminário internacional *Os Direitos Sociais sob a Ótica da Organização Internacional do Trabalho (OIT)*, em 16/8/2010, com o objetivo de disseminar informações sobre a atuação da OIT e a sua importância na formação de nova jurisprudência. Ministro do TST aposentado e jurista Arnaldo Süssekind, desembargador-presidente Aloysio Santos (TRT/RJ), ministro Lelio Bentes Corrêa (TST) e Cleopatra Doumbia-Henry (OIT).



Em comemoração ao dia 12 de outubro, o TRT/RJ realizou a Semana da Criança, de 18 a 21/10/2010. Nos eventos promovidos pela Comissão de Responsabilidade Socioambiental (CPRSA), com apoio da Amatra 1, crianças e adolescentes conheceram as rotinas trabalhistas e tiveram lições de cidadania. Juiz Maurício Drummond, diretor do Fórum do Edifício Marquês do Lavradio, juiz Marcelo Segal, titular da 26ª VT/RJ, e desembargadora Glória Regina Ferreira Mello, presidente da CPRSA.



O corregedor-geral da Justiça do Trabalho, ministro Carlos Alberto Reis de Paula (centro), participa de audiência de conciliação da 7ª Turma do TRT/RJ, em 26/10/2010, presidida pelos desembargadores Rosana Salim Traversedo e José Geraldo da Fonseca, idealizadores do programa “Como ser legal sem burocracia”.



Promovido pelo TRT/RJ de 24 a 26/11/2010, o Congresso de Direito Material e Processual do Trabalho teve como tema central Trabalho com Direitos – Uma Abordagem Atual. Desembargador Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha, diretor da Escola Judicial do TRT/RJ, ministro do TST Antônio José de Barros Levenhagem, diretor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat) e desembargador Aloysio Santos, presidente do TRT/RJ (esquerda para a direita).



A desembargadora Maria de Lourdes D'Arrochella Lima Sallaberry é eleita, no dia 13/12/2010, presidente do TRT/RJ para o biênio 2011/2013.

PRODUÇÃO INTELECTUAL

Desembargador Alexandre Agra Belmonte

BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela jurídica do assédio moral por discriminação nas relações de trabalho e sua reparação. *Revista OAB/RJ*, v. 24, p. 13-60, 2010.

_____. Reflexões sobre a Convenção nº 158 da OIT como Norma Regulamentadora da Vedação às Despedidas Arbitrárias ou sem Justa Causa. *O Trabalho em Revista*, v. 155, p. 53-79, 2010.

Juiz Fábio Rodrigues Gomes

GOMES, Fábio Rodrigues (Coord.). *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Autores: Alexandre Agra Belmonte, Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha, Aloysio Santos, Claudia de Abreu Lima Pisco, Claudia Marcia de Carvalho Soares, Fábio Rodrigues Gomes, Ivan Alemão, Leonardo Dias Borges, Marcelo José Duarte Raffaele, Mônica de Amorim Torres Brandão, Oswaldo Mesquita e Vólia Bomfim Cassar.

_____. *Manual de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Campus, 2010.

Juiz Otavio Amaral Calvet

CALVET, Otavio. *Direito ao Lazer*. Rio de Janeiro: Labor, 2010.

Juíza Vólia Bomfim Cassar

CASSAR, Vólia Bomfim. *Princípios Trabalhistas, Novas Profissões, Globalização da Economia e Flexibilização das Normas Trabalhistas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

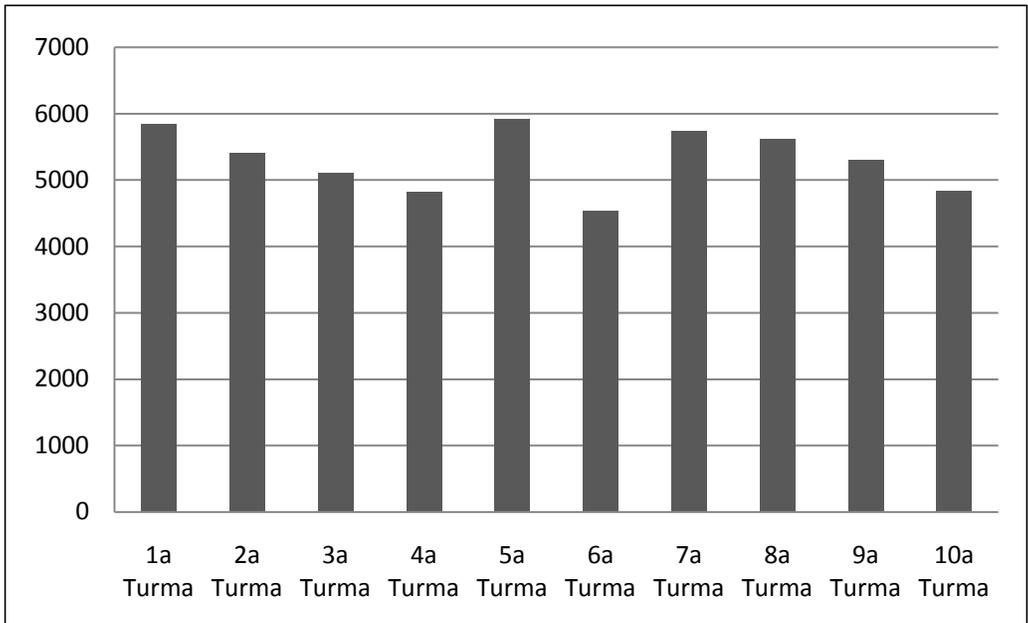
_____. *Resumo de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

_____. *Flexibilização das Normas Trabalhistas e Princípio da Proteção ao Trabalhador*. 2010. 182 f. Tese (Doutorado) - Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2010.

JUSTIÇA EM NÚMEROS

Litigiosidade no 2º Grau

Acórdãos Publicados por Turma no 2º Semestre de 2010¹



1ª Turma	2ª Turma	3ª Turma	4ª Turma	5ª Turma
5.838	5.400	5.103	4.825	5.910
6ª Turma	7ª Turma	8ª Turma	9ª Turma	10ª Turma
4.538	5.730	5.609	5.300	4.833

1. Indica o número de acórdãos publicados no semestre por cada Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. (Fonte: TRT/RJ – Sapweb.)

Acórdãos Publicados por Magistrado no 2º Semestre de 2010²

Alberto Fortes Gil	996
Alexandre de Souza Agra Belmonte	1158
Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha	1170
Aloysio Santos	48
Ana Maria Moraes	1377
Angela Fiorencio Soares da Cunha	902
Angelo Galvao Zamorano	31
Antonio Carlos Areal	990
Antônio Carlos de Azevedo Rodrigues	1100
Aurora de Oliveira Coentro	1316
Bruno Losada Albuquerque Lopes	1166
Carlos Alberto Araujo Drummond	1052
Célio Juacaba Cavalcante	952
Cesar Marques Carvalho	1184
Claudia de Souza Gomes Freire	943
Dalva Amelia de Oliveira	1000
Dalva Macedo	1
Damir Vrcibradic	1007
Edith Maria Corrêa Tourinho	1354
Elma Pereira de Melo Carvalho	1196
Evandro Pereira Valadão Lopes	1132
Fernando Antonio Zorzenon da Silva	1187
Flávio Ernesto Rodrigues Silva	1331
Giselle Bondim Lopes Ribeiro	491
Gloria Regina Ferreira Mello	42
Gustavo Tadeu Alkmim	1166
Ivan da Costa Alemão Ferreira	416
Jorge Fernando Gonçalves da Fonte	1380
José Antonio Teixeira da Silva	1153
José Carlos Novis Cesar	1081

2. Indica o número de acórdãos publicados no semestre por cada magistrado (desembargador ou juiz convocado) do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. (Fonte: TRT/RJ – Sapweb.)

José da Fonseca Martins Junior	1146
José Geraldo da Fonseca	1149
José Luiz da Gama Lima Valentino	387
José Nascimento Araujo Netto	1282
Leonardo Dias Borges	29
Luiz Alfredo Mafra Lino	924
Luiz Augusto Pimenta de Mello	773
Luiz Carlos Teixeira Bomfim	17
Marcelo Antero de Carvalho	1139
Marcelo Augusto Souto de Oliveira	1160
Marcia Leite Nery	1272
Marcos Cavalcante	1084
Marcos de Oliveira Cavalcante	57
Marcos Palacio	1157
Maria Aparecida Coutinho Magalhães	738
Maria das Gracas Cabral Viegas Paranhos	6
Maria de Lourdes Sallaberry	15
Maria Helena Motta	2
Maria José Aguiar Teixeira Oliveira	600
Mery Bucker Caminha	1173
Mirian Lippi Pacheco	1315
Nelson Tomaz Braga	197
Paulo Marcelo de Miranda Serrano	1283
Paulo Roberto Capanema da Fonseca	427
Ricardo Areosa	1307
Rildo Brito	631
Rogério Lucas Martins	1134
Roque Lucarelli Dattoli	988
Rosana Salim Villela Travesedo	1208
Tania da Silva Garcia	1320
Theocrito Borges dos Santos Filho	1073
Valmir de Araujo Carvalho	1225

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO¹

Planejamento estratégico é um processo no qual a organização pensa e planeja seu futuro de forma orgânica, isto é, como um conjunto coerente e bem estruturado, considerando as alterações no macroambiente em que está englobada, referentes aos segmentos políticos, econômicos, legais, tecnológicos, sociais e culturais, idealizando seu efetivo papel nessa nova sociedade a porvir.

Desse modo, ao delinear o seu planejamento, o TRT/RJ deve ser capaz de pensar estrategicamente o seu futuro, considerando os interesses, as necessidades e as demandas da sociedade onde está inserido e definir, com clareza, a MISSÃO, VALORES, VISÃO DE FUTURO e POLÍTICA DA QUALIDADE. Desta análise também decorrem medidas que dizem respeito aos aspectos internos: pessoas, procedimentos, estruturas de poder, recursos materiais e orçamento.

O planejamento estratégico serve para definir mudanças significativas que, a médio e longo prazos, melhorem o serviço oferecido aos usuários e é ferramenta indispensável à gestão, estando legalmente previsto em diversas normas.

O art. 37 da Constituição Federal, por exemplo, determina que a administração pública deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Por outro lado, o § 1º, art. 165 da Constituição Federal estabelece:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão...

§ 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

Já a Resolução nº 70, de 18/03/2009, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determina a elaboração de planejamento estratégico alinhado ao Plano Estratégico Nacional, com abrangência mínima de 5 (cinco) anos, submetendo-o à aprovação pelo Órgão Especial ou Pleno, até 31/12/2009, garantida ampla participação de magistrados e servidores.

O Plano Estratégico do TRT/RJ, para o período 2010-2014, foi estruturado com base nos seguintes princípios:

- fornecer objetivamente diretrizes estratégicas e financeiras para a organização, numa perspectiva de 5 (cinco) anos, visando à melhoria da qualidade dos serviços prestados e do atendimento, a tempo e modo, ao jurisdicionado;

1. Fonte: Núcleo de Estatística - NUDEST/ADI

- sistematizar a atuação do TRT/RJ a curto, médio e longo prazo, assegurando sua continuidade administrativa;
- conduzir os esforços de magistrados e servidores na direção dos objetivos e ações estratégicas estabelecidos;
- explicitar expectativas, registrando de forma organizada a lista de ações de impacto estratégico;
- inserir mecanismos de participação social e ambiental para a construção de uma prestação de serviço mais democrática, descentralizada e integrada;
- garantir e melhorar a utilização racional da infraestrutura física e a adequada lotação, capacitação e atualização do corpo de servidores e magistrados;
- viabilizar uma distribuição planejada dos recursos orçamentários disponíveis por meio de controle de custos e participação dos beneficiários.

O Planejamento Estratégico do TRT/RJ foi elaborado a partir de uma visão integrada e balanceada da organização, alinhando objetivos, indicadores e metas, de forma que as unidades organizacionais planejem as iniciativas de maneira coordenada, é uma ferramenta dinâmica de gestão, devendo ser atualizado constantemente. Assim, devem ser realizadas reuniões de análise da estratégia para acompanhar os resultados das metas fixadas e analisar a oportunidade de promover ajustes e outras medidas necessárias à melhoria do desempenho, levando o TRT/RJ a fazer a coisa certa no momento certo, de modo a solucionar as duas equações sempre presentes nas decisões organizacionais: a importância e a urgência. Na verdade, o seu dinamismo está fundado exatamente neste processo de análise, ajuste e melhoria do desempenho.

A metodologia utilizada para a elaboração do Plano Estratégico tem por fundamento a estruturação em três perspectivas a seguir discriminadas:

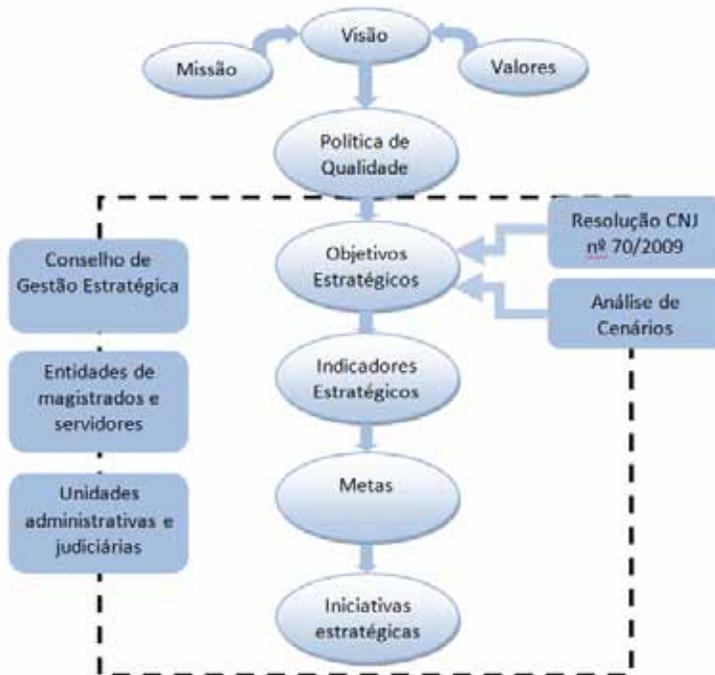
SOCIEDADE: descreve os direcionadores estratégicos para o atendimento das necessidades e expectativas dos usuários externos do TRT/RJ e para o alcance das metas de nossa organização;

PROCESSOS INTERNOS: indica os objetivos que afetam os processos de trabalho relevantes para a melhoria constante da gestão;

RECURSOS: reflete o alinhamento das ações voltadas para recursos humanos, tecnológicos, de infraestrutura e orçamentários, de modo a alcançar a estratégia.

Assim, a estrutura do Plano Estratégico estabelece na base aquilo que a organização precisa ter com objetivo de fazer para a satisfação das necessidades e expectativas da sociedade, com foco na missão, visão e valores institucionais e seu processo de construção pode ser esquematizado no diagrama a seguir.

Diagrama estratégico

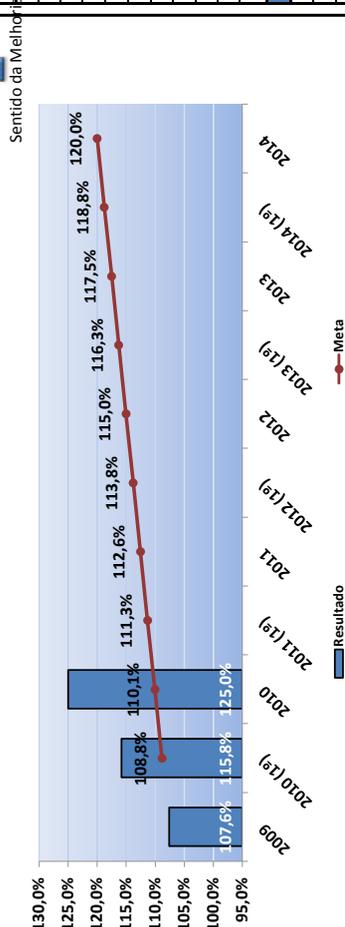


Considerando que o Planejamento Estratégico do TRT/RJ engloba muitos objetivos, metas e indicadores, apresentamos, a seguir, apenas algumas metas para o período de 2010-2014, a título exemplificativo.



Objetivo Estratégico: Garantir a agilidade nos trâmites judiciais e administrativos

Meta 2014: 1º Grau - Aumentar para 120% o atendimento à demanda, até 2014



Fonte: recibo do Juízo em Números

DADOS PARA CONSTRUÇÃO DO GRÁFICO			
Período	Meta	Resultado	Resultado / Meta
2009		107,6%	
2010 (1º)	108,8%	115,8%	106,4%
2010	110,1%	125,0%	113,6%
2011	111,3%		
2011 (1º)	111,3%		
2012	113,8%		
2012 (1º)	115,0%		
2013	117,5%		
2013 (1º)	116,3%		
2014	118,8%		
2014 (1º)	120,0%		
RESULTADO ATUAL			
Atingimento da Meta			113,6%
Nota do Indicador			10
Nota do Objetivo Estratégico			10

1 - ÍNDICE DE ATENDIMENTO À DEMANDA NO 1º GRAU = (PROCESSOS BAIXADOS* / CASOS NOVOS) x 100

Informações adicionais: em todo o ano de 2010 foram recebidos 198.588 casos novos e baixados 248.287 processos no 1º Grau, na fase de conhecimento. Assim, foi atingido o índice de 125% de atendimento à demanda nas Varas do Trabalho (superior, inclusive, à meta prevista para 2014 de 120%).

Basicamente este indicador demonstra, para o 1º Grau, o fluxo de processos na fase de conhecimento (ações que ingressaram X ações que deixaram a fase de conhecimento - baixados). São considerados baixados no 1º Grau os processos: a) remetidos para outros órgãos competentes; b) remetidos para as instâncias superiores; c) arquivados definitivamente; d) em que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução

(* O CNJ alterou a fórmula de cálculo deste indicador (de processos julgados para baixados), dando ênfase à visão do jurisdicionado.

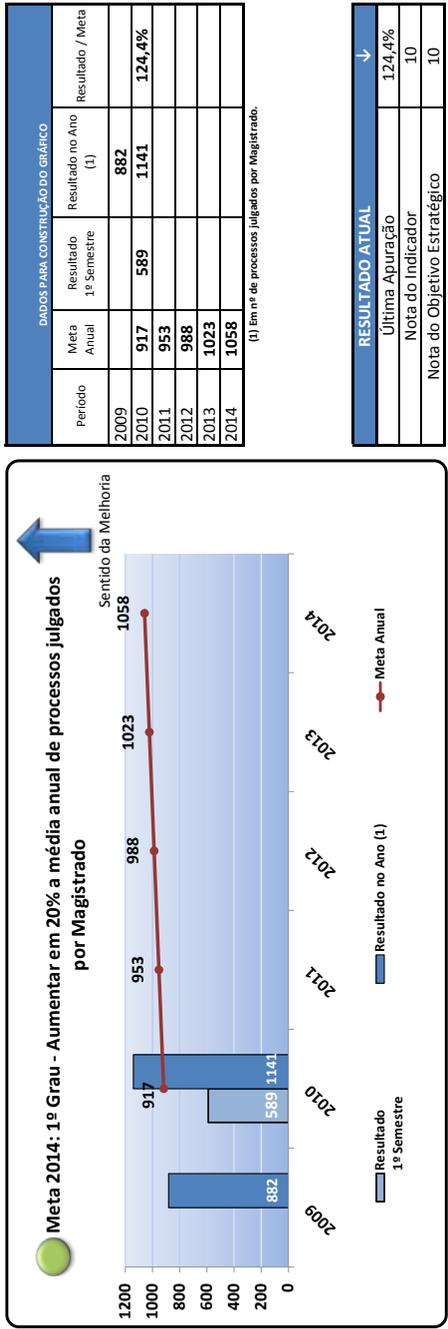
Última Atualização 28/02/2011

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO - REUNIÃO DE ANÁLISE ESTRATÉGICA

Assessoria de Desenvolvimento Institucional - ADI / Núcleo de Estatística - NUDEST - Av. Augusto Severo, 84, 14º andar - (21) 3512 - 7240 / 7495



Objetivo Estratégico: Garantir a agilidade nos trâmites judiciais e administrativos



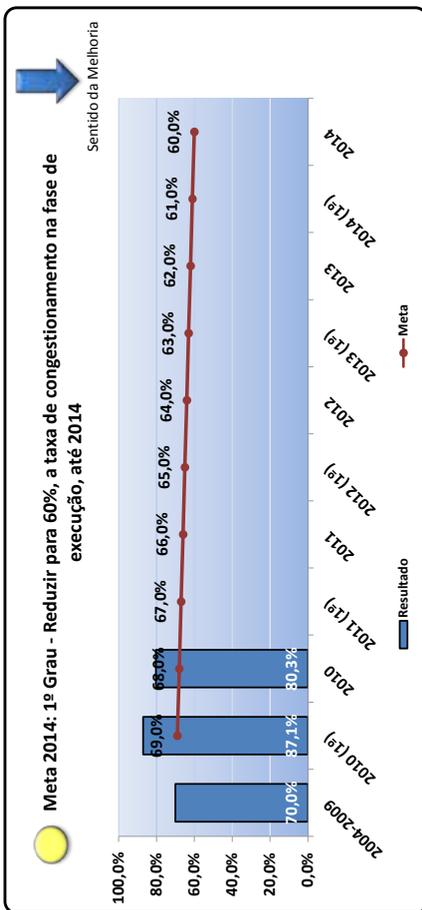
RESULTADO ATUAL	
Última Apuração	124,4%
Nota do Indicador	10
Nota do Objetivo Estratégico	10

3 - PRODUTIVIDADE DO MAGISTRADO DO 1º GRAU = (SENTENÇAS NA FASE DE CONHECIMENTO/MAGISTRADOS)

Informações adicionais: foram prolatadas 248.734 sentenças na fase de conhecimento em 2010, resultado superior ao alcançado no ano de 2009 (204.696 sentenças). Assim, o indicador ultrapassou a meta parcial prevista.
O cálculo matemático do indicador segue a variável SMC1º do Juízo em Números, que reflete as sentenças prolatadas por Magistrados na fase de conhecimento, excluídos os Juizes afastados da jurisdição de 1º Grau. Os dados do "Juízo em Números" serão oficiais após sua publicação pelo CNJ.



Objetivo Estratégico: Promover a efetividade no cumprimento das decisões



DADOS PARA CONSTRUÇÃO DO GRÁFICO

Período	Meta	Resultado	Resultado / Meta
2004-2009		70,0%	
2010 (1º)	69,0%	87,1%	126,2%
2011 (1º)	68,0%	80,3%	118,1%
2012 (1º)	67,0%	66,0%	
2013 (1º)	66,0%	65,0%	
2014 (1º)	64,0%	61,0%	
2014	60,0%	60,0%	
RESULTADO ATUAL ↓			
Atingimento da Meta		118,1%	
Nota do Indicador		8	
Nota do Objetivo Estratégico		9	

11 - TAXA DE CONGESTIONAMENTO NA FASE DE EXECUÇÃO = 1 - (PROCESSOS DE EXECUÇÃO BAIXADOS*/(CASOS NOVOS DE EXECUÇÃO + CASOS PENDENTES DE EXECUÇÃO))

Informações adicionais: A taxa de congestionamento na execução é o indicador utilizado para aferir, em determinado período, o percentual dos processos em tramitação que ainda não foram baixados definitivamente. Assim, uma taxa de congestionamento de 70% indica que de cada 100 processos tramitando na execução no Tribunal (entre novos e estoque), 70 ficaram congestionados na instância (não foram baixados definitivamente).
O resultado do 2º semestre de 2010 foi relativamente melhor que o do 1º, com isso a taxa de congestionamento na execução no ano de 2010 alcançou 80,3%, que significa que foram baixados definitivamente da execução cerca 20% dos processos (98.719) em relação ao estoque (460.973) e casos novos (44.064).

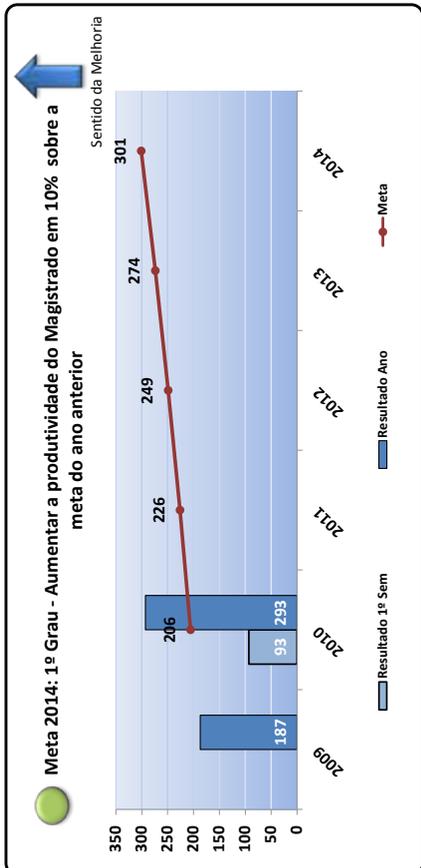
Última Atualização 28/02/2011

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO - REUNIÃO DE ANÁLISE ESTRATÉGICA

Assessoria de Desenvolvimento Institucional - ADI / Núcleo de Estatística - NUDEST - Av. Augusto Severo, 84, 14º andar - (21) 3512 - 7240 / 7495



Objetivo Estratégico: Promover a efetividade no cumprimento das decisões



DADOS PARA CONSTRUÇÃO DO GRÁFICO

Período	Meta	Resultado 1º Sem	Resultado Anual	Resultado / Meta
2009			187	
2010	206	93	293	142,4%
2011	226			
2012	249			
2013	274			
2014	301			

RESULTADO ATUAL

Última Apuração	142,4%
Nota do Indicador	10
Nota do Objetivo Estratégico	9

12 - PRODUTIVIDADE DO MAGISTRADO (EXECUÇÃO) = SENTENÇAS POR MAGISTRADO NA FASE DE EXECUÇÃO/MAGISTRADOS

Informações adicionais: em 2010 foram proferidas 63.823 sentenças na fase de execução, número superior ao resultado do ano de 2009 (43.490). Assim, a meta intermediária de 2010 foi superada.
A fonte dos dados para cálculo do indicador em 2010 é o recibo dos dados enviados ao CNJ. Poderá haver retificação do resultado na hipótese de correção posterior realizada pelo Regional ou pelo Conselho. Os dados do "Justiça em Números" serão oficiais após sua publicação pelo CNJ.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO - REUNIÃO DE ANÁLISE ESTRATÉGICA
Assessoria de Desenvolvimento Institucional - ADI / Núcleo de Estatística - NUDEST - Av. Augusto Severo, 84, 14º andar - (21) 3512 - 7240 / 7495
Última Atualização 28/02/2011

GRANDES TEMAS

Telemarketing

MEMÓRIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

PUBLICAÇÃO



Publicação a conclusão de acórdão
PODER JUDICIÁRIO
Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região
RECURSO ORDINÁRIO Nº TRT - RO 9114/86

10
MARCIA ROCHA T. FERREIRA

ACÓRDÃO

165/37

2a. Turma

Não se enquadra na categoria de telefonista o empregado de empresa que explora os serviços de fornecimento de energia elétrica, ainda que atenda por telefone aos pedidos ou reclamações dos usuários desta.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário, sendo recorrente LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S.A. e recorrido GENILDO LENDRO DA COSTA.

ACORDAM os Juizes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1a. Região, por maioria, dar provimento ao recurso para julgar improcedente a ação.

Recolhida parcialmente a ação, pelo julgado de fls. 126/130 (1er), recorre a ré, Insurge-se contra o reconhecimento da função do autor como telefonista e, em consequência, contra o pagamento de diferenças salariais, horas extras e reflexos além da redução da jornada de trabalho. Alega que o autor é dirigente sindical vinculado ao Sindicato dos Urbanitários que representa a categoria profissional dos empregados da ré, com exceção dos diferenciados. Se o autor fosse telefonista não poderia ser dirigente sindical/dos Sindicatos dos Urbanitários. Inviável, pois, que seja atribuído ao autor a condição de "telefonista". A ré não explora o serviço de telefonia, disso resultando que não incide sobre a espécie a norma do artigo 227 da Consolidação. No que diz respeito aos alegados serviços de digitação, ou mecanização, não existe norma legal determinando a observância da jornada de seis horas. A norma que mais se aproxima da espécie é a do artigo 72 da Consolidação. Entretanto, basta a sua leitura para concluir-se que dita norma não ampara a pretensão aduzida na inicial. Restou apurado no laudo pericial, que o autor cumpria, de segunda a sexta-feira, uma jornada de sete horas e trinta minutos. Ocorre que o dia de sábado não era trabalhado consoante cláusula estabelecida em acordo coletivo, disso resultando uma carga de trabalho/



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1.ª REGIÃO
RECURSO ORDINÁRIO Nº TET - RO 9114/86

-2-

A C Ó R D ã O

165/87

2a. Turma

semanal da ordem de 37,30 horas com um excesso semanal de, apenas, uma hora e trinta minutos. Como assevera o laudo / pericial, o autor passou a desempenhar os serviços pesquisa dos a partir de 13/06/84 e que desde 09/07/84 passou a fi - car a disposição do órgão de classe. Os efeitos pecuniários da sentença estariam restritos, na razão de uma hora e trin ta minutos excedentes por semana, ao período compreendido / entre 13/06/84 a 09/07/84, o qual, face à prescrição bienal, não poderia ser objeto da condenação. Contrariado o apelo, o pinou a ilustrada Procuradoria pelo seu provimento parcial, admitindo-se a compensação de jornada, pela inexistência de trabalho aos sábados.

VOTO:

A sentença recorrida entendeu aplicável ao Autor as disposições que regem o trabalho das telefonistas, resu - mindo seu entendimento nos seguintes fundamentos:

"analogicamente se está diante de um serviço de telefonia sofisticada, complexa, porque colhidos os dados o fertados pelo usuário pelo telefone, ininterruptamente usa do durante todo o horário de trabalho, com ferramenta insubstituível, em seguida ocorre o transbordamento para o servi ço de digitação no terminal de computador. Lida a mensagem/ constante na tela, o empregado então informa o cliente da ré e em seguida, como resultado final do atendimento, toma a medida pleiteada pelo usuário, o que importa em digitar / na computação a modificação da informação que até então con tinha o computador."

A perícia informa às fls. 41 que o Autor está / classificado como "Auxiliar Comercial I". Informa a perícia que suas funções, conforme ele próprio declara são as seguin



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
RECURSO ORDINÁRIO Nº TRT - RO 9114/86

-3-

A C Ó R D ã O

165/87

2a. Turma

tes:

"1) Atendo consumidor por telefone esclarecendo o sobre:

Contas, Códigos de irregularidade, mensagens indevidas nas contas, contas não entregues, documentos necessários para atendimento, serviço de emergência, endereço de agências, setor responsável por cadastramento de eletrodomésticos, setor responsável por informações a empresa, iluminação pública, demora na execução de serviços, religações, ausência temporária, aumento de carga, ligação festiva, furto de medidor, ligação nova em prédio isolado, ligação provisória de obras, pedido de extensão de rede, transferência de nome com data de responsabilidade (contrato de locação). Falta de leitura e baixa voltagem.

2) Providencie através do terminal ligado ao computador:

Pedidos de transferência de nome, pedidos de desligamento simbólico, segunda via de conta, aferição de medidor, cobrança da taxa de ligação e religação, cadastramento do CIC, contas elevadas procedentes, ligação nova no "PC", retificação de nome e endereço.

3) Entre em contato com os consumidores, que por algum motivo não puderam ser atendidos."

Basta a leitura atenta das funções do Autor para se verificar que sua atividade consiste em atender aos pedidos, as reclamações ou os esclarecimentos solicitados pelo público usuário dos serviços prestados pela Ré, consistente no fornecimento de energia elétrica. Não explora ela os serviços de telefonia, segundo exigência do artigo 227 da CLT. Trata-se de um aperfeiçoamento no sistema de atendimento do público, que ao invés de ser feito pessoalmente, o é por



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO
RECURSO ORDINÁRIO Nº TRT - RO 9114/86

-4-

A C Ó R D ã O

165/87

2a. Turma

via telefônica. A consulta feita ao arquivo, pelo exame das fichas foi substituída pelo computador. Sem dúvida, o trabalho é de grande responsabilidade, exigindo constante atenção, mas nenhuma semelhança ou analogia possui com o que executa uma telefonista, que se destina a completar, transferir ou transmitir as ligações feitas pelos usuários dos serviços telefônicos. Nem o Autor se considera telefonista, tanto que não se filiou ao Sindicato correspondente a tal categoria. Pertence ele ao Sindicato dos Urbanitários, onde é dirigente sindical. A natureza especial do trabalho executado pelo Autor poderá exigir por parte do legislador um tratamento especial, não sendo possível ao Juiz enquadrá-lo na função ou categoria que não é a sua.

Dá-se provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 02 de fevereiro de 1987.

JUIZ CELSO LARNA
Presidente e Relator

Ciente:

ONÉA CIMINI MOREIRA DE OLIVEIRA
Procuradora Regional.

/mrtp.

LEGISLAÇÃO PERTINENTE¹

Consolidação das Leis do Trabalho, art. 72

Nos serviços permanentes de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo), a cada período de 90 (noventa) minutos de trabalho consecutivo corresponderá um repouso de 10 (dez) minutos não deduzidos da duração normal de trabalho.

Consolidação das Leis do Trabalho, art. 227, *caput*

Nas empresas que explorem o serviço de telefonia, telegrafia submarina ou subfluvial, de radiotelegrafia ou de radiotelefonia, fica estabelecida para os respectivos operadores a duração máxima de seis horas contínuas de trabalho por dia ou 36 (trinta e seis) horas semanais.

Orientação Jurisprudencial do TST nº 273

“Telemarketing”. Operadores. Art. 227 da CLT. Inaplicável (inserida em 27/09/2002). A jornada reduzida de que trata o art. 227 da CLT não é aplicável, por analogia, ao operador de televendas, que não exerce suas atividades exclusivamente como telefonista, pois, naquela função, não opera mesa de transmissão, fazendo uso apenas dos telefones comuns para atender e fazer as ligações exigidas no exercício da função.

ANEXO II da NR-17, aprovado pela Portaria SIT nº 09, de 30 de março de 2007.

1. Fonte: www.presidencia.gov.br/legislacao/

DOUTRINAS

Serviços de teleatendimento: aspectos jurídicos materiais e processuais controvertidos

Alexandre Agra Belmonte¹

1. Introdução

Os *call centers* ou centros de atendimento foram criados no âmbito das próprias empresas, com a finalidade de estabelecer um canal direto de comunicação com o cliente, por meio da interface telefônico-informática, quer na busca da aferição da qualidade, por intermédio de pesquisas de mercado destinadas à avaliação do cliente quanto a produto ou atendimento, quer na promoção de vendas e serviços. Daí a utilização da palavra *telemarketing*, inicialmente concebida com o significado de promoção de vendas e serviços por telefone.

Com o advento da descentralização das atividades empresariais, surgiram empresas especializadas em *telemarketing*, voltadas, entre outras finalidades, para a pesquisa de perfil do consumidor, da viabilidade ou conceito de um produto ou serviço, e para o atendimento ao consumidor (SAC) – suporte técnico, divulgação e vendas de produtos e serviços, agendamento de serviços, cancelamento de contratos, comunicação de extravio e roubo de cartões de crédito, formação de cadastro e atendimento de consultas de sobre carteira de pedidos, faturamento, crédito e títulos, histórico de compras, disponibilidade de estoque etc.

Diante de tamanho leque de prestação de serviços, a atividade dos *call centers* pode ser denominada de teleatendimento, no qual está inserido o *telemarketing*.

Trata-se de um mercado em franca expansão, notadamente em virtude da regulamentação da Lei nº 8.078/1990 pelo Decreto nº 6.523/2008, que fixa as normas gerais sobre o serviço de atendimento telefônico das prestadoras de serviços que tenham como finalidade resolver as demandas dos consumidores sobre informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento de contratos e de serviços.

Por consequência, são inúmeros os ramos da economia envolvidos: telefonia, serviços de utilidade pública, bancos, grandes indústrias e grande comércio, entre outros.

Observa AIRTON MARINHO SILVA que, “segundo o *Health and Safety Executive*, *call centers* são ambientes de trabalho nos quais a principal atividade é conduzida via telefone, utilizando-se simultaneamente terminais de computador. O operador ou teleatendente é o profissional que atende chamadas que gastam uma proporção significativa de seu tempo de trabalho com chamadas telefônicas e utilizando simultaneamente terminais de computadores”².

1. Desembargador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, doutor em Direito e membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho (ANDT).
2. Condições de trabalho e adoecimento dos trabalhadores em teleatendimento: uma breve revisão, em artigo publicado na Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.interfacehs.sp.senac.br/br/artigos.asp?ed=3&cod_artigo=45&pag=0>. Acesso em: 17 nov. 2009.

Ocorre que uma série de questões jurídicas têm povoado os tribunais trabalhistas, iniciando no próprio significado de teleatendimento, prosseguindo nos problemas decorrentes da utilização terceirizada do *telemarketing* para atividades coincidentes com aquelas a que se dedicam as empresas contratantes e finalizando na adequação da prestação desse serviço à legislação trabalhista, que gera indagações específicas como jornada de trabalho e intervalos, enquadramento legal e sindical, mecanismos de apuração da produtividade, limitações ao uso do banheiro e doenças do trabalho derivadas das condições do trabalho, sem falar nas indagações processuais relacionadas às postulações decorrentes dessas matérias.

Sobre o tema, a Portaria SIT nº 09, de 30 de março de 2007, do Ministério do Trabalho e Emprego (Anexo II da NR-17) estabelece os parâmetros mínimos para o trabalho em atividades de teleatendimento/*telemarketing* nas diversas modalidades do serviço. Aplicam-se a todas as empresas que mantêm serviço de teleatendimento/*telemarketing* nas modalidades ativo ou receptivo em centrais de atendimento telefônico e/ou centrais de relacionamento com clientes (*call centers*), para prestação de serviços, informações e comercialização de produtos.

Nos termos da referida Portaria, entende-se como *call center* o ambiente de trabalho no qual a principal atividade é conduzida via telefone e/ou rádio com utilização simultânea de terminais de computador, e como trabalho de teleatendimento/*telemarketing* aquele cuja comunicação com interlocutores clientes e usuários é realizada a distância por intermédio da voz e/ou mensagens eletrônicas, com a utilização simultânea de equipamentos de audição/escuta e fala telefônica e sistemas informatizados ou manuais de processamento de dados (itens 1.1.1. e 1.1.2. do Anexo II da NR-17).

Este artigo tem por fim promover o debate sobre tema que, pela novidade, ainda não está sedimentado quanto aos diversos aspectos jurídicos que suscita, os quais procuramos levantar no próximo item.

2. Problemas jurídicos dos *call centers*

2.1. Quanto à terceirização

As atividades de teleatendimento das empresas de *call centers* são de apoio e podem ser terceirizadas ou se apresentam como longa *manus* dos empreendimentos aos quais estão relacionados?

Em outras palavras, apenas a título exemplificativo:

- É empregado de empresa de teleatendimento ou é financiário o trabalhador de *call center* que acessa dados pessoais, autoriza empréstimos e financiamentos, cancela lançamentos e libera cartões de crédito?
- É empregado da empresa de teleatendimento ou da empresa contratante quem se ocupa da oferta e venda de produtos, esclarecimento de dúvidas, agendamento de serviços ou atendimento de reclamações?
- É empregado de empresa de teleatendimento ou empregado de operadora de sinal de televisão a cabo o trabalhador de *call center* que atende reclamações e dá orientações técnicas operacionais?

2.2. Quanto à nomenclatura do cargo

Há quem faça a distinção entre *telemarketing* e teleatendimento, no sentido de que se ativam com finalidades e sob condições de trabalho distintas.

Indaga-se, portanto se as referidas nomenclaturas significam a mesma coisa e se há distinção entre operador de *telemarketing*, que se ativa no relacionamento empresa-cliente, por exemplo, ofertando ou divulgando produtos e serviços, e operador de teleatendimento, que recebe reclamações e agenda atendimentos, no relacionamento cliente-empresa.

2.3. Quanto à norma legal ou coletiva incidente

A pergunta que comumente se faz é se são válidos os acordos coletivos interempresariais de empresas de teleatendimento destinados a afastar a aplicação das convenções coletivas intersindicais – e a própria lei – em relação aos direitos dos trabalhadores em empresas de telecomunicações e de atividades correlatas.

Por consequência, costuma-se indagar quais são, especificamente, a duração do trabalho, as pausas e a remuneração do operador de teleatendimento.

2.4. Quanto às pausas e forma de aferição de desempenho

Outro questionamento, comum neste tipo de operação, em que existe a necessidade permanente de atendente no teleatendimento receptivo das reclamações e informações sobre produtos e serviços (SACs), diz respeito à possibilidade de regulação dos intervalos de ida do operador de teleatendimento ao banheiro e respectivos limites.

Um outro está relacionado à mensuração da prestação do serviço pelo operador e à cobrança do atingimento de metas. Indaga-se sobre os limites das exigências patronais e se faz jus a dano moral o empregado que tem o seu mau desempenho publicamente divulgado.

2.5. Aspectos processuais

As questões jurídicas não se esgotam no relacionamento material, visto que a utilização terceirizada das empresas de teleatendimento dá margem a inúmeras questões de natureza processual, relacionada à postulação judicial dos direitos trabalhistas, a saber:

- a) empresa tomadora responde subsidiariamente pelo cumprimento das obrigações trabalhistas dos trabalhadores da contratada ou ambas respondem solidariamente?
- b) dá-se a isonomia de obrigações entre os trabalhadores da terceirizada e os da tomadora?
- c) a responsabilidade fica limitada ao tempo de execução do contrato de prestação de serviços ou o extrapola?
- d) ajuizada a reclamação apenas em face da prestadora de serviços, poderá o responsável subsidiário ser executado? É caso de formação necessária de litisconsórcio?
- e) que matérias o responsável subsidiário pode arguir em defesa?

3. Análise das questões

3.1. Limites da terceirização nas teles

3.1.1. Terceirização e a legislação

O art. 581, § 2º, CLT, dispõe, em síntese, que se entende por atividade-fim a que caracterizar a unidade do produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente, em regime de conexão funcional.

Por sua vez, a Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) estabelece o seguinte:

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.

3.1.2. Terceirização e a jurisprudência

A Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, na interpretação das regras e princípios jurídicos relacionados ao fenômeno da terceirização, consolidou a jurisprudência trabalhista no seguinte sentido:

- a intermediação de serviços é ilícita, salvo na hipótese da Lei nº 6.019/74;
- terceirização significa a transferência a pessoa física ou jurídica, da exploração de parte não essencial de uma atividade empresarial;
- para a sua validade, a prestadora de serviço deverá ainda diretamente subordinar e remunerar os empregados por ela utilizados na execução do contrato;
- responde o tomador final de forma subsidiária ou solidária, conforme a licitude ou ilicitude da intermediação.

3.1.3. Terceirização nas empresas de teleatendimento

Feitas essas considerações, tem-se que a Lei nº 9.472/97, a qual, nos termos da Emenda Constitucional nº 8/95, dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, de fato autoriza às empresas concessionárias a contratação de terceiros para executar atividades inerentes, acessórias ou complementares aos serviços de telecomunicações.

Trata-se, portanto, de legislação regulamentadora de atividade econômica específica, com eficácia limitada ao âmbito do exercício da concessão pública que disciplina e que, além de não afastar os efeitos da tutela conferida ao trabalhador pelo Direito Laboral, termina por reafirmar a responsabilização subsidiária nas hipóteses de intermediação lícita da sua mão de obra. Como o crédito do trabalhador é protegido contra os riscos da inadimplência, a responsabilidade do tomador final de serviços não decorre da existência de vínculo de emprego e sim de sua condição de beneficiário final dos serviços prestados pelo trabalhador.

Assim, sempre que a concessionária de serviços de telecomunicações contratar empresas para a execução dos serviços inerentes, acessórios ou complementares à prestação dos serviços de telecomunicações, como instalação e reparo de linhas telefônicas, os trabalhadores contratados para o desiderato estarão licitamente vinculados a essas empresas, respondendo, no entanto, de forma subsidiária pelo implemento das obrigações trabalhistas.

Ocorre que atividade inerente ou própria não se confunde com a atividade principal ou fim da empresa.

Com efeito, a terceirização da atividade principal esvaziaria completamente a razão de ser da existência da empresa de telecomunicações. Por consequência, a terceirização deve se restringir aos serviços de apoio ou suporte da parte técnica, inerentes à atividade-meio. Há vedação à terceirização da própria atividade-fim, na qual estão compreendidos os serviços especializados, assim entendidos os principais ou existenciais, porque a extensão aos serviços especializados corresponderia a uma prestação deslocada ou a distância de atividades das empresas tomadoras.

Enfim, às empresas de *call center* é vedado desenvolver o objeto social da empresa que lhe contrata serviços. Não podem realizar serviço típico *ou constitutivo* da atividade principal da contratante, o que caracterizaria ilicitude da terceirização e vinculação direta.

Serão, portanto, de responsabilidade direta da própria concessionária os trabalhadores vinculados às suas condições de funcionamento, caso do serviço de atendimento aos clientes e ampliação da clientela, secretárias dos diretores, atendentes de balcão e demais funcionários da administração.

A hipótese retratada não se confunde com a atuação dessas concessionárias como donas da obra. Nesses casos em que a obra não for destinada à exploração da atividade, mas sim à própria instalação da concessionária, não responderá pelas obrigações dos trabalhadores arrematados pelas empresas contratadas.

3.2. Telemarketing e teleatendimento: significado e enquadramento sindical

3.2.1. Significado e conceito de telemarketing

Marketing deriva da palavra *market* (mercado). Significa mercadologia, que alia a comunicação com o cliente (propaganda, promoção, aferição de qualidade) ao estudo do mercado consumidor como ciência (política de mercado).

Para a *American Marketing Association* (AMA) significa, em síntese, o conjunto de estratégias ou planejamento para o lançamento, sustentação e expansão de produto ou serviço no mercado, incluindo a mensuração do comportamento do consumidor e o gerenciamento do relacionamento da empresa com seus clientes.

Telemarketing, por sua vez, diz respeito ao gerenciamento, por telefone, do relacionamento direto com os clientes de determinada empresa, visando à divulgação e à oferta de produto ou serviço, bem como à aferição da qualidade e satisfação.

No Brasil, segundo o Código Brasileiro de Ocupações, operador de *telemarketing* é aquele que atende aos usuários, oferece serviços e produtos, presta serviços técnicos especializados, realiza pesquisas e faz serviços de cobrança e cadastramento de clientes, sempre via teleatendimento.

Sobre as condições gerais de exercício da profissão, o referido Código explicita ser “comum o trabalho sob pressão quando as filas de espera de atendimento aumentam”, sendo características do teleatendimento a necessária e contínua utilização do telefone, a variedade de formas de trabalho, a necessidade de relacionamento com os usuários e a organização do trabalho baseada em “roteiros e *scripts* planejados e controlados para captar, reter ou recuperar clientes”.

Exige-se do operador de teleatendimento diversas competências pessoais: qualidade vocal, autocontrole, capacidade de trabalhar sob pressão e agilidade, entre outras, o que revela o caráter potencialmente nocivo das condições de trabalho.

Para a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) do Ministério do Trabalho, *telemarketing* e teleatendimento significam a mesma coisa, em face da sujeição às mesmas condições de trabalho (utilização permanente de audíofone, terminal de computador com acesso a banco de dados, trabalho sob pressão, necessidade de agilidade, autocontrole e cumprimento de roteiros e *scripts* planejados e controlados para captar, reter ou recuperar clientes).

Ambos podem ser ativo e receptivo (códcs. 4223 e 4223-15)³, a saber:

- teleatendimento/*telemarketing* ativo: contato empresa-cliente, por meio de atividades como oferta de produtos e serviços;
- teleatendimento/*telemarketing* receptivo: iniciativa do cliente. O operador dá informações e atende reclamações e pedidos.

Logo, carece de fundamentação jurídica a diferenciação entre operador de *telemarketing* e operador de teleatendimento para efeito de enquadramento sindical e direitos trabalhistas decorrentes.

3.2.2. Enquadramento e representação sindical

Estabelece o § 1º do art. 511 da CLT que a solidariedade de interesses econômicos dos empreendedores de atividades idênticas, similares ou conexas constitui o vínculo denominado categoria econômica.

Nos termos do § 2º do art. 511 da CLT, a aglutinação em categoria profissional não leva em conta a profissão ou função exercidas. Prevalece a atividade econômica do tomador. Uma única categoria profissional reúne trabalhadores com habilidades distintas.

O art. 581, § 2º, CLT, por sua vez, dispõe que nas empresas que possuem várias atividades, o enquadramento profissional simétrico considera a que for preponderante.

Já o § 3º do art. 511 da CLT estatui que profissões ou funções diferenciadas não decorrem de decisão judicial, e sim de estatuto profissional especial (lei) ou de condições de vida singulares: motoristas profissionais, vigilantes, ascensoristas etc. Pelo que os profissionais liberais, que podem exercer a profissão com autonomia e liberdade, se contratados como subordinados, não compõem categoria diferenciada.

As empresas de telecomunicações e atividades correlatas correspondem às empresas, entre outras:

- que fornecem a telecomunicação para utilização dos usuários (concessionárias de serviço público);

3. Disponível em: <<http://www.sine.rn.gov.br/cbo/CBO2002Liv3.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2009.

- que usam a telecomunicação como meio de prestação de serviço (e que não constituem categoria profissional diferenciada).

Tem-se, portanto, que ambas são representadas pelo mesmo sindicato. Engenheiros, técnicos de manutenção, cabistas, instaladores e operador de empresa de teleatendimento têm a mesma representação.

Como corolário, como os trabalhadores de empresas de *call centers* não compõem categoria diferenciada (não há lei que reconheça essa condição), temos por inaplicável a Súmula nº 374 do TST, a qual dispõe que empregado de categoria diferenciada não tem direito à percepção das vantagens previstas em instrumento coletivo no qual a empresa não foi representada por órgão de classe de sua categoria.

3.3. Normas aplicáveis ao operador de teleatendimento/telemarketing

3.3.1. Normas coletivas em confronto

As empresas de *call center* costumam alegar que os acordos coletivos interempresariais estabelecem normas específicas para o tipo de trabalho executado pelos operadores, além de serem mais benéficos do que a convenção da categoria, firmada com sindicato que representa as indústrias.

Ora, os acordos coletivos interempresariais estabelecem jornada de oito horas diárias. E as convenções coletivas intersindicais têm conferido, para quem trabalha como telefonista ou assemelhado utilizando audíofone e terminal de vídeo de forma permanente e ininterrupta, dez minutos a cada cinquenta minutos trabalhados, em jornada de seis horas diárias ou 36 semanais.

Sob o prisma do horário de trabalho, as convenções são mais benéficas do que os referidos acordos, mas é preciso ainda verificar o que dispõe a legislação a respeito.

3.3.2. O que dispõe a lei?

O art. 72 da CLT determina que nos serviços de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo) há que se conceder ao operador dez minutos de repouso remunerado a cada período de 90 minutos de trabalho consecutivos.

Já o art. 227, *caput*, da CLT estabelece que nas empresas que explorem o serviço de telefonia, telegrafia submarina ou subfluvial, de radiotelegrafia ou de radiotelefonia, há de se observar, para os operadores, a duração máxima de seis horas contínuas de trabalho por dia ou trinta e seis horas semanais.

Por sua vez, a Portaria 09, de 30/3/2007, que aprovou o Anexo II da NR-17 para o trabalho em teleatendimento, estabelece:

- no item 5.3., a jornada de seis horas diárias e trinta e seis semanais, incluídas duas pausas remuneradas;
- no item 5.4.1., b e c, duas pausas de dez minutos cada, uma após os sessenta minutos iniciais e outra antes dos últimos sessenta minutos de trabalho;
- no item 5.4.2., um intervalo de vinte minutos para repouso e alimentação.

Feita a verificação do que dispõe a legislação a respeito, é preciso confrontá-la com as condições de trabalho do operador de teleatendimento.

3.3.3. Condições de trabalho e normas aplicáveis

O operador de teleatendimento trabalha, com audíofone e terminal de vídeo, para consultas por meio de digitação simultânea ao atendimento, de forma contínua na realização ou atendimento de chamadas telefônicas, com necessidade de cumprimento de metas de tempo de duração. Ele necessita, permanentemente, tomar decisões, incluindo contornar problemas, satisfazer e manter o cliente. Trabalha por produção e sob pressão.

Logo, são-lhe aplicáveis as condições previstas nos arts. 72 e 227 da CLT pela caracterização do trabalho penoso de telefonia com mecanografia em situação de constante estresse, a exigir a limitação a 6 (seis) horas de trabalho, com os intervalos ali mencionados.

Por tais razões o Anexo II da NR-17 adequa o trabalho do operador de teleatendimento/*telemarketing* à disciplina de 36 (trinta e seis) horas semanais de trabalho e jornada de 6 (seis) horas com 2 (duas) pausas de dez minutos cada (uma após sessenta minutos de trabalho e outra antes dos últimos sessenta) e 20 (vinte) minutos de pausa alimentar (item 5.4.).

3.3.4. Normas que incidirão

Entre o mínimo legal da NR-17 (seis horas diárias de trabalho, com duas pausas de dez minutos cada e vinte minutos de pausa alimentar) e o ajuste feito entre as categorias (dez minutos a cada cinquenta de trabalho), há de vigorar o convencional, por ser mais benéfico ao trabalhador.

Com efeito, aplicando-se o princípio da norma mais favorável, no confronto de normas prevalecerá a mais favorável ao trabalhador, ainda que a menos favorável seja hierarquicamente superior.

Além da NR-17, aplicam-se, quanto à remuneração, as convenções da categoria, que têm se revelado, pelo critério do conglobamento, mais benéficas do que a prevista nos acordos coletivos interempresariais.

3.3.5. E quanto à OJ nº 273 do TST?

A OJ nº 273 do TST estabelece que a jornada reduzida de que trata o art. 227 da CLT não é aplicável, por analogia, ao operador de televendas, que não exerce suas atividades exclusivamente como telefonista, pois não opera mesa de transmissão, fazendo uso apenas dos telefones comuns para atender e fazer as ligações exigidas no exercício da função.

A OJ é de 27/9/2002. O operador de teleatendimento hoje trabalha de forma contínua com audíofone e terminal de vídeo, para consultas por meio de digitação simultânea ao atendimento e necessidade de cumprimento de metas de tempo de duração das chamadas. Nesse intervalo, precisa tomar decisões, incluindo contornar problemas, satisfazer e manter o cliente. Trabalha por produção e sob pressão.

Por tais razões hoje o operador de teleatendimento desempenha serviço penoso, análogo ao do art. 227 da CLT. Daí a regulação estabelecida pelo Anexo II da NR-17.

3.3.6. Pausa entre a jornada normal e a extraordinária

Estabelece o item 5.1.3.1. do Anexo II da NR-17 que, “Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso mínimo de 15 (quinze) minutos antes do início do período extraordinário do trabalho, de acordo com o Artigo 384 da CLT”.

A norma tem razão de ser: o serviço contínuo de teleatendimento, nas condições acima narradas, é estressante e, se deve existir uma pausa de dez minutos a cada cinquenta de

trabalho normais, com mais razão é preciso observar um intervalo de reposição de energias físicas e psíquicas entre o término da jornada normal e o início da extraordinária.

A norma, inicialmente prevista para o trabalho da mulher, recepcionada que foi pela Constituição, deve ser estendida ao trabalho do homem, a ela equiparado em direitos e obrigações.

4. Aferição de desempenho

O empregador pode e deve aferir o desempenho do empregado.

Não pode, no entanto, por meio da divulgação pública de resultados individuais acompanhados de juízo de valor, submeter o empregado à censura pública ou ao constrangimento de sistemática pejorativa, implicitamente recriminatória do mau desempenho. Se o fizer, estará cometendo assédio moral estratégico, destinado a criar um ambiente hostil e de competição predatória, em que a censura pública dissemina o medo da perda do emprego como forma de estimular a produção.

A respeito, dispõe o Anexo II da NR-17, no item **5.13.**, que é vedada a utilização de métodos que causem assédio moral, medo ou constrangimento, tais como: a) estímulo abusivo à competição entre trabalhadores ou grupos/equipes de trabalho; b) exigência de que os trabalhadores usem, de forma permanente ou temporária, adereços, acessórios, fantasias e vestimentas com o objetivo de punição, promoção e propaganda; e c) exposição pública das avaliações de desempenho dos operadores.

No RO nº 887-2007-018-01-00-3, em processo de nossa relatoria, publicado em 18/12/2008, apurou-se que o desempenho do empregado era retratado por meio de “carinhas”, satisfeitas ou decepcionadas. Quem recebesse “carinha” triste por ultrapassar o tempo máximo de atendimento exigido pela empresa não participava das campanhas promocionais, sendo que desempenho, com as mencionadas considerações, era afixado em quadro geral de avisos. Ficamos vencidos, eis que a 6ª Turma do TRT da 1ª Região, por maioria, deu provimento ao recurso para excluir a condenação em danos morais.

Atualmente a Turma tem decidido, por maioria, que a divulgação negativa de resultados com juízo de valor retratado por “carinhas” tristes ou dedos com o polegar apontado para baixo atenta contra a dignidade do trabalhador, ensejando a condenação em danos morais.

No RO nº 2061-2007-247-01-00-0, da 6ª Turma, em processo de nossa relatoria, publicado em 17/11/2009, apurou-se que os empregados que não atingiam as metas eram publicamente citados como exemplos negativos em reuniões gerais. No entanto, por unanimidade deu-se provimento ao recurso para a redução do valor da indenização por danos morais.

5. Restrição ao uso do banheiro

Faz parte do poder diretivo disciplinar o uso dos banheiros e até mesmo reprimir os abusos, mas é ilegal inviabilizar a utilização sem motivo justificado, submeter o trabalhador a constrangimento para o uso ou vinculá-lo à apuração da produtividade.

A Portaria nº 09, de 30 de março de 2007, que aprovou o Anexo II da NR-17 para o trabalho em teleatendimento, estabelece, no item 5.4., duas pausas de dez minutos cada, uma após os primeiros sessenta minutos e outra antes dos últimos sessenta, para prevenir o desgaste físico e psicológico, sem prejuízo do intervalo de vinte minutos para repouso e alimentação.

Essas pausas embora sirvam também para o uso do banheiro, não eliminam a necessidade de utilização do sanitário entre elas. Necessidades fisiológicas falam mais alto, e reprimi-las atenta contra a dignidade do trabalhador.

Assim, temos que restringir o uso do sanitário também caracteriza assédio moral estratégico, a ensejar a responsabilização por danos morais.

Com efeito, no RO nº 01125-2007-022-01-00-3, em processo de nossa relatoria, verificou-se que somente três pessoas por vez podiam usar o sanitário. A solicitação se dava por meio de bandeira colocada sobre a mesa de trabalho. Quando ultrapassado o período de dois minutos, que coincidia com o limite máximo de atendimento de chamadas, batia o desespero e começava a gritaria no corredor, apressando o necessitado. Por maioria, foi dado parcial provimento ao recurso, para exclusão da condenação em danos morais, ficando vencidos os desembargadores Alexandre Agra Belmonte e Rosana Salim Villela Travesedo.

No RO nº 00202-2005-014-01-00-1, da 6ª Turma do TRT da 1ª Região, em processo de nossa relatoria, constatou-se que a empregada usufruía um intervalo de quinze minutos para lanche e outro de cinco minutos para banheiro. A utilização suplementar dependia de autorização, geralmente negada. A ida ao banheiro sem consentimento gerava advertência. Após ter a reclamante seguidamente solicitado, sem sucesso, autorização para utilizar o banheiro, urinou-se na própria mesa de trabalho, fato presenciado por todos. Por unanimidade, não se conheceu do recurso das reclamadas quanto à indenização por danos morais e, no mérito, foi-lhe negado provimento.

No RO nº 01325-2005-243-01-00-2, publicado em 28/5/2009, em processo de nossa relatoria, apurou-se que o uso do banheiro além dos cinco minutos previstos dependia de autorização e, ainda assim, a ausência momentânea era considerada na apuração da produtividade. Por unanimidade, deu-se provimento ao recurso da primeira ré para reduzir o valor da indenização por danos morais.

Atualmente, a 6ª Turma tem, com fundamento no Anexo II da NR-17, por maioria de sua composição plena, dado provimento a pedido de indenização por danos morais com fundamento em restrições injustificadas ao uso do banheiro.

6. Aspectos processuais da terceirização

6.1. Responsabilização subsidiária ou solidária: fundamento ou pedido?

Há julgados que extinguem o processo, sem exame do mérito, quando o reclamante não postula, no pedido, a responsabilização subsidiária ou solidária da tomadora, limitando a narrar, na exposição dos fatos, a utilização intermediada do trabalho, pretendendo, por fim, o pagamento, pelas empresas tomadora e prestadora, de parcelas trabalhistas.

Ora, responsabilidade subsidiária ou solidária não é pedido e sim causa de pedir próxima (fundamento jurídico ou direito). Com base nesse tipo de responsabilização é que o pedido de aviso prévio, férias, gratificação natalina, FGTS e outros devem ser formulados, buscando a respectiva satisfação.

No processo do trabalho há, ainda, a peculiaridade de que não precisa o reclamante apresentar, na inicial, o fundamento jurídico, bastando expor o fato do qual decorre o fundamento e formular o pedido. O art. 840, § 1º, da CLT, que nesse particular se distancia do art. 282 do CPC, é expresso a respeito.

Logo, no processo do trabalho basta expor o fato da utilização intermediada e postular o pagamento das parcelas cabíveis, para que o juiz, avaliando as condições da prestação de serviços e a extensão da responsabilidade da tomadora, defira ou indefira as parcelas postuladas.

Sobre a questão, estabelece o item 5.7. da NR-17 que, com o fim de permitir a satisfação das necessidades fisiológicas, as empresas devem permitir que os operadores saiam de seus postos de trabalho a qualquer momento da jornada, sem repercussões sobre suas avaliações e remunerações, além do que os mecanismos de monitoramento da produtividade, tais como mensagens nos monitores de vídeo, sinais luminosos, cromáticos ou sonoros, ou indicações do tempo utilizado nas ligações ou de filas de clientes em espera, não podem ser utilizados para aceleração do trabalho e, quando existentes, deverão estar disponíveis para consulta pelo operador, a seu critério (item 5.9.).

A exemplo, no RO 00297-2004-011-01-00-3, em processo de nossa relatoria, julgado pela 6ª Turma do TRT da 1ª Região, conforme acórdão unânime publicado em 22/8/2007, a autora alegou ter sido contratada por uma empresa de recursos humanos para prestar serviço final a uma outra. A primeira delas deixou de implementar as obrigações trabalhistas, vindo, finalmente, a desaparecer.

A reclamante então ajuizou ação trabalhista em face das duas empresas, expondo os fatos e postulando a condenação de ambas ao pagamento dos haveres contratuais e parcelas resilitórias.

O juízo do 1º grau, entendendo ter inexistido pedido de condenação subsidiária quanto à segunda empresa, a tomadora final, a excluiu da lide na própria sentença em que condenou a primeira empresa, a tomadora interposta. As duas empresas foram tidas por revéis, eis que não atenderam à citação.

Ora, a revelia fez presumir verdadeiras as alegações da autora, de que trabalhava para a tomadora final de forma interposta.

O *fato* da união entre as empresas em torno da utilização do trabalho remunerado leva ao *fundamento jurídico*, que é a subsidiariedade e ambos, somados, ao pedido, de condenação ao pagamento das parcelas vindicadas. Logo, a condenação postulada tinha por fundamento a subsidiariedade, que não é pedido e sim causa de pedir. E na Justiça do Trabalho, ao contrário da Justiça Comum (art. 282 do CPC), basta a exposição do fato (art. 840, § 1º, da CLT) para que o juiz conceda, com base no direito ou fundamento jurídico (responsabilização subsidiária), o pedido, que foi efetivamente feito, de pagamento das parcelas decorrentes desse direito. A sentença foi reformada. Foi dado provimento ao recurso para reconhecer a responsabilidade subsidiária da terceira reclamada e solidária da segunda.

6.2. Ajuizamento em face apenas do responsável subsidiário

Ajuizada a causa apenas em face do responsável subsidiário, não está o juiz obrigado a determinar a citação da empresa tomadora, visto que não se cuida da hipótese de formação de litisconsórcio necessário. No processo trabalhista ele é facultativo, nada impedindo, no entanto, com base no princípio da celeridade, que a empresa tomadora, apenas garante dos créditos postulados, denuncie à lide o real empregador.

Não o fazendo, restará ao juiz extinguir o processo, por ilegitimidade de parte. A responsabilidade, na hipótese, é apenas subsidiária ou sucessiva, sendo responsável originário

pelos créditos o devedor direto da obrigação, no caso, a empresa prestadora de serviços, contratada pela tomadora acionada.

6.3. Ajuizamento em face apenas do responsável solidário

Ajuizada a causa apenas em face de um dos responsáveis solidários, não está o juiz obrigado a determinar a citação do outro. Na solidariedade, o credor pode escolher acionar qualquer um dos devedores ou todos.

Por outro lado, nada impede que o devedor acionado chame ao processo o outro devedor acionado, buscando a condenação conjunta.

6.4. Ajuizamento em face apenas da prestadora de serviços

Nos termos da Súmula nº 331, IV, do TST, dirigindo o acionante a sua ação apenas contra a prestadora de serviços, não pode depois pretender responsabilizar a empresa tomadora, que não participou da relação processual nem, portanto, da garantia constitucional do contraditório e sequer foi condenada como garante dos créditos reclamados.

Ocorre que “não há vedação a que o reclamante, de posse do título executivo oponível contra a empresa prestadora, real empregadora, acione a tomadora, pretendendo sua responsabilização subsidiária em ação autônoma”. Nestes termos, em decisão, por maioria, proferida no RR-529.078/1999.2, acórdão publicado em 22/3/2005, em que sobressaiu o voto condutor da ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, vencido o ministro João Batista Brito Pereira, a SDI-I do TST resolveu tão importante questão, abrindo caminho à responsabilização posterior do garante que não participou da relação processual em que a prestadora foi condenada ao pagamento dos títulos trabalhistas.

6.5. Matérias que o responsável subsidiário pode arguir em defesa: limites do interesse processual

O responsável subsidiário, como garante, tem interesse meramente econômico em relação às parcelas postuladas, daí lhe ser vedado enfrentar questões de fato como prestação de horas extras e fruição de férias, que escapam ao conhecimento da empresa tomadora.

O interesse jurídico da empresa tomadora está restrito à existência e efeitos do contrato de prestação de serviços, não alcançando as questões de fato inerentes ao relacionamento entre o trabalhador e a empresa intermediadora, a quem ele está ligado.

Justamente em virtude da limitação do interesse jurídico aos efeitos do contrato de prestação de serviços entre a empresa tomadora e a empresa prestadora em relação à garantia de satisfação dos direitos trabalhistas dos empregados da última é que se admite a responsabilização subsidiária por meio de ação autônoma. Caso contrário, ela não seria possível, porque se reabriria a discussão em relação aos fatos da causa, como prestação de horas extras, não vinculados diretamente aos efeitos do contrato de prestação.

A definição da responsabilidade subsidiária por meio de ação autônoma não impede, contudo, a imposição judicial de limitações à garantia. Se a empresa tomadora não responderia por danos morais e pela assinatura da CTPS na ação originária definidora do crédito contra a prestadora de serviços, também na ação autônoma não pode, em regra, ser subsidiariamente responsabilizada por essas parcelas.

6.6. Ajuizamento em face apenas do tomador final, quando se alega nulidade da contratação intermediada

Questão igualmente interessante. No nosso entender, não pode importar em extinção do processo, visto que a questão da nulidade, como fundamento jurídico do fato da intermediação ilícita, não impede o exame da pretensão de assinatura da CTPS pelo real empregador, com as consequências decorrentes.

6.7. Limitação da responsabilidade

Como verificado, nas terceirizações lícitas a responsabilidade da tomadora fica limitada às obrigações trabalhistas relativas ao período do contrato de terceirização, também não respondendo pelas obrigações pessoais, como assinatura da CTPS e danos morais.

7. Conclusões

As empresas de *call centers* prestam um grande e eficiente serviço, gerando excelente empregabilidade.

O mercado é promissor, porque emprega mais de 1 milhão de trabalhadores, mas existe o risco da fragmentação de categorias profissionais, em virtude da terceirização e, em alguns casos, da indevida substituição de bancários, financeiros e outras tantas categorias por mão de obra desqualificada⁴.

Logo, para evitar-se fraude, é preciso que se ajustem à legislação trabalhista, respeitando a dignidade do trabalhador e os valores sociais do trabalho, ou seja:

- que se atenham à sua finalidade, de suporte, abstendo-se de realizar atividade principal de empresa contratante;
- que deixem de diferenciar operadores de *telemarketing* e teleatendimento, enquadrando-os no Anexo II da NR-17;
- que cumpram o Anexo II da NR-17 quanto à duração do trabalho e pausas intrajornada;
- que se conscientizem da natureza penosa do serviço de teleatendimento, que mereceu, por essa mesma razão, tratamento diferenciado pelo Anexo II da NR-17. A disciplina do uso do banheiro pode ajustar-se às pausas intrajornada definidas em lei, mas sem inviabilizar a utilização em caso de necessidade, submeter o trabalhador a constrangimento ou vincular a utilização à apuração da produtividade. E as avaliações de desempenho devem observar critérios lícitos;
- que os acordos interempresariais não diminuam direitos das convenções coletivas da categoria e da lei.

4. Segundo noticiado no site <http://g1.globo.com/Noticias/Concursos_Empregos/0,,MUL608930-9654,00-SETOR+DE+TELEATENDIMENTO+DEVE+TER+MILHAO+DE+FUNCIONARIOS+ATE.html>, a geração de empregos no setor de teleatendimento cresceu 963% nos últimos 12 anos – em 1995 eram 70.500 empregados, e em 2007 o número passou para 750 mil. E a previsão da Associação Brasileira de Telesserviços, entidade que congrega empresas do ramo, é de que em 2010 o setor esteja empregando 1 milhão de pessoas.

Referência bibliográfica

CAVALLINI, Marta. Setor de teleatendimento deve ter 1 milhão de funcionários até 2010. *O Globo*, Rio de Janeiro, 21 jul. 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Concursos_Empregos/0,,MUL608930-9654,00-SETOR+DE+TELEATENDIMENTO+DEVE+TER+MILHAO+DE+FUNCIONARIOS+ATE.html>. Acesso em: 17 nov. 2009.

Código Brasileiro de Ocupações, do Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <<http://www.sine.rn.gov.br/cbo/CBO2002Liv3.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2009.

SILVA, Airton Marinho. Condições de trabalho e adoecimento dos trabalhadores em teleatendimento: uma breve revisão. *Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente*. São Paulo, 02 abr. 2007. Disponível em: <http://www.interfacehs.sp.senac.br/br/artigos.asp?ed=3&cod_artigo=45&pag=0>. Acesso em: 17 nov. 2009.

Operadores de teleatendimento (*telemarketing*): algumas reflexões

Nelson Mannrich¹

1. Introdução

Com as transformações do mundo do trabalho e utilização intensiva e concomitante de equipamentos de telefonia e sistemas de processamento de dados, nem sempre é fácil apontar quem é operador de teleatendimento e distingui-lo de outros profissionais, como telefonista ou simples auxiliar encarregado de organizar agendas.

Há mais de um interesse envolvido nesse correto enquadramento, daí a importância do tema. Além do aspecto sindical com seus importantes desdobramentos (data-base e condições específicas de trabalho, entre outros) e dos aspectos ergonômicos, impõe-se a distinção para efeito de duração do trabalho, em especial os intervalos e a jornada em si, se de seis horas ou mais.

O debate envolve questões mais importantes, como saúde dos trabalhadores no meio ambiente de trabalho, particularmente o estresse a que são submetidos – não apenas eles como qualquer outro trabalhador, por conta da velocidade trepidante, a voltas com mensagens eletrônicas e telefones móveis –, tornando impossível pensar sem interrupção, e a necessidade de prevenção de doenças ocupacionais. Basta examinar, na Justiça do Trabalho, o grande número de reclamações trabalhistas envolvendo indenização por dano moral e/ou acidentes do trabalho por parte desses trabalhadores, além de pleitos relativos à própria jornada ou à equiparação salarial.

É notório o aumento das empresas que prestam essa modalidade de serviço, em escala global. No Brasil, fala-se em meio milhão de trabalhadores envolvidos nessa atividade, muitas vezes em condições de trabalho precárias e salários, em geral, muito baixos, daí a especial atenção por parte da Administração Pública do Trabalho com essa modalidade, como se infere do Anexo II da NR-17. Tais diretrizes aplicam-se a empresas que mantêm “serviço de teleatendimento/*telemarketing* nas modalidades ativo ou receptivo em centrais de atendimento telefônico e/ou centrais de relacionamento com clientes (*call centers*), para prestação de serviços, informações e comercialização de produtos” (item 1.1). Infere-se, pois, que a norma se aplica não apenas às empresas cuja atividade-fim seja a prestação de serviços de teleatendimento, mas também àquelas que mantenham postos de trabalho ou setores relacionados a tais serviços.

Desde logo deve ficar claro que a referida norma não tem por objetivo regular a profissão de operador de *telemarketing* nem fixar jornada especial de trabalho desses profissionais, mas

1. Advogado e consultor jurídico, mestre, doutor e livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), professor titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP e da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (ANDT) e autor de livros e artigos.

introduzir específicas regras com vistas à saúde dos trabalhadores envolvidos nessa atividade, como ergonomia, pausas para descanso e tempo máximo de trabalho.

O objetivo da presente reflexão inclui a caracterização do operador de *telemarketing*, distinguindo-o de outros trabalhadores, para, assim, examinar outras questões, como as que envolvem ergonomia e duração do trabalho, entre outros aspectos.

2. Operador de teleatendimento

Não há lei especial regulando a profissão de operador de teleatendimento, como ocorre com o aeronauta, por exemplo. Daí porque aplicam-se aos operadores de *telemarketing* as regras gerais do trabalho subordinado, contidas na CLT, para efeito seja de jornada, seja de trabalho em feriados ou domingos, entre outras, como em relação a qualquer trabalhador. Ademais, há ainda normas gerais e/ou específicas para regular questões relacionadas à saúde e à segurança em geral envolvendo qualquer trabalhador, além de normas específicas para determinadas atividades. É o quanto se observa do conjunto de Normas Regulamentadoras – NRs, anexas à Portaria 3.214/78, por força da Lei 6.514/77, que deu nova redação ao capítulo V da CLT.

Uma dessas normas, a NR-17, é relativa à ergonomia. Segundo consta do item 17.1, a norma se destina a “estabelecer parâmetros que permitam a adaptação das condições de trabalho às características psicofisiológicas dos trabalhadores, de modo a proporcionar um máximo de conforto, segurança e desempenho eficiente”.

Por sua vez, além das normas gerais envolvendo ergonomia, a Portaria 9, de 30 de março de 2007, acrescentou o Anexo II à NR-17, para regular especificamente as condições de trabalho em teleatendimento ou *telemarketing*, com o objetivo de oferecer a esses trabalhadores o “máximo de conforto, segurança, saúde e desempenho eficiente”.

Como se vê, além de se aplicar a CLT e as normas relativas à saúde e segurança ao operador de *telemarketing*, foi-lhe reservado um conjunto de regras de aplicação específica. Assim, é importante determinar quem é operador de teleatendimento, em vista não das regras contidas na CLT, que já o favorecem, mas daquelas especiais que visam ao seu conforto e segurança, como já apontado.

Embora a Portaria 397, de 9 de outubro de 2002, faça referência ao operador de *telemarketing*, sua finalidade limita-se a classificar as ocupações ao instituir a Classificação Brasileira de Ocupações - CBO, não regulando a profissão de *telemarketing*, mas apenas descrevendo em seu item CBO:3-80.25 as tarefas por ele executadas, imprimindo a essa uniformização efeitos de ordem apenas administrativa. O conceito de operador de *telemarketing* é extraído do item 1.1.2 do Anexo II da referida NR-17, de seguinte teor:

1.1.2. Entende-se como trabalho de teleatendimento/*telemarketing* aquele cuja comunicação com interlocutores clientes e usuários é realizada à distância por intermédio da voz e/ou mensagens eletrônicas, com a utilização simultânea de equipamentos de audição/escuta e fala telefônica e sistemas informatizados ou manuais de processamento de dados.

Como se vê, o legislador não faz referência ao tipo de atividade prestada, apenas descreve a forma como é feita e os equipamentos utilizados – uso intensivo do telefone, aliado a outros equipamentos. Mais que a denominação do cargo, deveriam ser levadas em conta

as atribuições inerentes à atividade efetivamente desenvolvida e suas peculiaridades, desafios estes a cargo da doutrina e da jurisprudência.

A amplitude do conceito exposto poderia levar à errônea conclusão de que basta o uso concomitante de equipamentos de telefonia e sistemas de processamento de dados para caracterizar o operador de *telemarketing*, o que vem sendo rechaçado pelos tribunais especializados não apenas quando o litígio envolve hora extra, mas também equiparação salarial ou mesmo local adequado segundo as exigências do referido Anexo II.

De acordo com o dispositivo legal acima apontado, o que caracteriza o operador de *telemarketing* é o uso habitual e intensivo dos referidos instrumentos. O fato de determinado empregado se utilizar de telefone para agendar reuniões não o transforma em operador de teleatendimento. Da mesma forma, vendedor interno que se utiliza do telefone para contatos com clientes não se beneficia de jornada reduzida.

Como se vê, nem sempre é fácil determinar se a atividade desenvolvida se enquadra ou não no tipo ora examinado. A utilização contínua de *headsets* e a existência de *roteiros* para as chamadas e mesmo seu confinamento em local apropriado poderão servir de indícios seguros para determinar que a atividade desempenhada é de *telemarketing*.

Essa difícil tarefa não é enfrentada apenas pela Justiça do Trabalho; é, também, pelos auditores fiscais do trabalho, na sua rotina de inspecionar e verificar o cumprimento dos dispositivos legais de proteção ao trabalho. As próprias empresas, por meio de seus encarregados de recursos humanos, se veem nessa atribulada função, mesmo porque o enquadramento inadequado poderá implicar passivos trabalhistas. Muitas vezes, o próprio Ministério Público do Trabalho tem justificado sua atuação nesse setor e se depara com tais dificuldades de identificação e caracterização.

No tocante à Justiça do Trabalho, algumas decisões consideram que a atividade efetivamente desempenhada pelo prestador deve ser analisada para sua adequada caracterização como operador de *telemarketing*. Nesse sentido, se o telefone é simples ferramenta para desempenhar a função, não se poderia falar em “operador de *telemarketing*” – pois, para este, o telefone representa instrumento básico e imprescindível para desempenhar a atividade.

Veja-se, nesse sentido, acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região envolvendo responsável pela captação de clientes que se utilizava de telefone para desempenhar sua atividade.

RECURSO ORDINÁRIO. Não comprovado que a reclamante exercesse as mesmas funções desempenhadas por um operador de *telemarketing*, não há como se reconhecer o seu direito às vantagens dirigidas a esta categoria [...]

Contrariamente ao que quer fazer crer a recorrente, dos elementos constantes dos autos não emerge que a mesma (sic) tenha sido contratada ou efetivamente exercesse as funções de operadora de *telemarketing*.

Ao revés, os depoimentos das partes e da única testemunha ouvida trazida a Juízo pela obreira revelam que as funções exercidas pela recorrente consistiam basicamente na captação de clientes interessados em obter empréstimo consignado, sendo certo que o contato era efetuado por telefone e a formalização do contrato era levada a efeito nas lojas, por outros funcionários.

Tais funções diferem daquelas exercidas pelos operadores de *telemarketing*, os quais, conforme bem consignado em 1ª instância, de forma ininterrupta, atendem a

chamados telefônicos e inserem dados em computador, não havendo, portanto, como se reconhecer o direito da recorrente às vantagens dirigidas a esta categoria.

(TRT da 2ª Região, RO nº 02649-2007-013-02-00-5, 2ª Turma, Relator: Marcelo Freire Gonçalves, data de julgamento: 06/8/2009).

Há outras decisões não enquadrando como operador de *telemarketing* empregados do setor de vendas, mesmo quando se utilizam de telefone para desempenhar suas funções.

JORNADA REDUZIDA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. DESEMPENHO DE ATIVIDADE EXCLUSIVA COMO TELEFONISTA. O reclamante sustenta que, embora tenha sido admitido na função de vendedor, desempenhava, na realidade, atividades como operador de *telemarketing*. Verifica-se, todavia, que o Tribunal Regional assentou a ausência de demonstração, por parte do empregado, da sua atuação exclusiva no serviço de telefonia, comprovando, sim, que utilizava o telefone no auxílio do desempenho de suas funções. Diante de tais peculiaridades, não há como aplicar-se por analogia a redução da jornada prevista no artigo 227 da CLT. Recurso de Revista não conhecido.

(TST, RR-2011/2001-044-03-00, 5ª Turma do C. TST, Relator: Ministro Emmanoel Pereira, DJ-07/3/2008).

Operador de telemarketing. Auxiliar administrativo de vendas. Os elementos dos autos dão conta de que a função do reclamante era típica de quem transmitia orçamentos via fax e atendia ao telefone, não podendo ser enquadrado como operador de telemarketing, nos termos da NR-17, item 5.3. Provimento negado. [...] As provas testemunhais são analisadas juntamente com as demais provas dos autos. Assim, não procede a pretensão do reclamante de se socorrer unicamente do depoimento de sua testemunha, quando outros elementos dos autos levam à conclusão de que os serviços executados não eram de telemarketing, mas sim, de auxílio à vendas por telefone. Verifica-se dos documentos juntados que sua função era típica de quem transmitia orçamentos via fax e atendia ao telefone. E isso comprova-se das anotações manuscritas efetuadas nos documentos de fls. 20/201 em apartado.

O documento trazido a fls.11 refere-se a uma equipe de *telemarketing*. Entretanto, respectivo “folder” visa fazer propaganda da empresa, atrair clientes, não servindo como prova de que o reclamante realizava, efetivamente, a atividade que alega, pois não se trata de prova técnica.

É importante esclarecer que não importa a nomenclatura que é atribuída à função. O que importa é a atividade efetivamente desempenhada. E, de fato, as funções do reclamante não se enquadram, conforme fundamentou a sentença naquelas, onde “concomitantemente, por meio de head phone, atende chamadas dos clientes e concretiza as vendas ‘on line’”. Esta última atividade é sim aquela a que se refere a NR-17, item 5.3 evocada pela exordial”.

(TRT da 2ª Região, RO nº 02432-2007-421-02-00-2, 12ª Turma, Relator: Delvio Buffulin, data de julgamento: 21/5/2009).

Além disso, colhe-se, na jurisprudência, orientação segundo a qual operador de *telemarketing* não se confunde com aquele trabalhador que, a despeito de utilizar equipamento de telefonia para comunicação com fornecedores e clientes, também realiza outras tarefas,

especialmente envolvendo rotinas administrativas diretamente relacionadas à real função por ele desempenhada.

OPERADOR DE “TELEMARKETING”. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO:

“Não é operador de *telemarketing* trabalhador que, dentre as atividades que lhe são destacadas, se utiliza de telefone para realizar cobranças de clientes, com pausas espaçadas para atender clientes que se dirigem pessoalmente ao estabelecimento, ao lado de outras atribuições típicas de auxiliar de escritório”. Indevidas, assim, as horas extras pleiteadas em razão da inexistência de jornada reduzida, e reflexos nas verbas rescisórias. Recurso ordinário do obreiro a que se nega provimento. [...]

A demandada diz, na contestação (fls. 61/67), inexistir na empresa a função de cobrador, que sequer é mencionada na convenção coletiva da categoria anexada (fls. 68/78), mesmo porque tal expressão é designada para funcionários que trabalham em empresas de transporte coletivo. Acrescenta que o laborista exercia várias atividades, efetuando e recebendo ligações, arquivando documentos, inserindo dados no sistema, atendendo a devedores que compareciam pessoalmente para quitar dívidas, não permanecendo, de forma ininterrupta, ao telefone, como notícia. [...]

A jornada reduzida prevista no artigo 227 da CLT, relativa aos serviços de telefonia de mesa, visa a beneficiar os trabalhadores que permanecem, em jornada integral, recebendo e transmitindo mensagens, de forma extenuante, não se estendendo aos funcionários que, dentre outras atividades, se utilizam do telefone para complementar suas tarefas.

O que se constata é que as atribuições outorgadas ao recorrente não se enquadram na previsão legal, considerando-se que se utilizava de simples aparelho telefônico para contatar clientes devedores, com pausas para empreender outras atividades, razão pela qual indevida a jornada suplementar objetivada.” (TRT da 2ª Região, RO nº 00160-2007-038-02-00-5, 11ª Turma, Relator: Dora Vaz Treviño, data de publicação: 16/9/2008).

Todavia, a matéria está longe de ser pacificada na jurisprudência. Muitas decisões, desconsiderando as atividades efetivamente prestadas, atribuem sentido amplo à noção de *telemarketing* para nela inserir trabalhador que se utiliza com frequência de equipamentos de telefonia e processamento de dados.

Nesse sentido, o próprio Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região enquadrou como operadora de *telemarketing* empregada contratada para realizar vendas por telefone, contrariando a orientação acima apontada.

Horas extras. Artigo 227 da CLT. Operador de *telemarketing* não se confunde com telefonista, pois o primeiro não tem incumbência de receber ligações destinadas a outros empregados e setores da empresa. A única semelhança é o uso preponderante do telefone, havendo, porém, a distinção de que, no caso do telefonista, o telefone é o objetivo final do serviço, o que não ocorria com a situação do operador de *telemarketing*. Matéria pacificada pela Orientação Jurisprudencial 273 da SDI 1 do TST. Horas extras e jornada de telefonista. O reclamante era operador de *telemarketing*. Não era telefonista, pois não era sua incumbência receber ligações destinadas a outros empregados e setores da empresa. A única semelhança do seu trabalho com o de um

telefonista era o uso preponderante do telefone, havendo, porém, a distinção de que, no caso do telefonista, o telefone é o objetivo final do serviço, o que não ocorria com a situação do autor, pois seu trabalho tinha a finalidade de dar informações a clientes e fazer vendas. [...] (TRT da 2ª Região, RO nº 01728-2004-020-02-00-4, 3ª Turma, Relatora Maria de Lourdes Antonio, data de julgamento: 12/5/2009).

De acordo com essa orientação, embora os equipamentos de telefonia fossem reconhecidos como elementos acessórios às funções desempenhadas pela empregada, a trabalhadora foi enquadrada na condição de operadora de *telemarketing* em razão da utilização constante de tais equipamentos para efetuar vendas.

No mesmo sentido, vejam-se os seguintes acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região:

OPERADOR DE *TELEMARKETING*. ATIVIDADES CARACTERIZADORAS DA FUNÇÃO. REPRESENTAÇÃO SINDICAL. CRITÉRIO DO PARALELISMO SIMÉTRICO. PREVALÊNCIA DA CONVENÇÃO COLETIVA MAIS FAVORÁVEL. A atividade de *telemarketing* abrange qualquer atividade desenvolvida através de sistemas de telemática e múltiplas mídias, objetivando ações padronizadas e contínuas de marketing (por exemplo: serviços de atualização de cadastros, representação de serviços, abertura de ocorrências para pedido de serviços, reparos de defeitos e prestação de informações entre outros). O direito positivo pátrio historicamente adota o critério do paralelismo simétrico para a organização sindical, assim, no polo oposto ao sindicato de empregadores identifica-se o sindicato de empregados. O artigo 620 da CLT expressa prevalência da convenção coletiva sobre o acordo coletivo sempre que mais favorável. (TRT da 1ª Região - RO 01420-2003-062-01-00-5, 5ª Turma, Relator: Desembargador Alexandre de Souza Agra Belmonte, DOERJ, Parte III, de 18/10/2004).

Operador de *telemarketing* - jornada de trabalho - hora extra. O operador de *telemarketing* é um vendedor de trabalho extenuante, que normalmente permanece diretamente ligado a terminal de computador ou linha telefônica, e a nomenclatura do seu cargo - "assessor de contas" - não lhe retira o direito à jornada reduzida e horas extras pleiteadas, na forma do art. 227 da CLT. (TRT da 1ª Região, RO nº 10676/99, 9ª Turma, Relator: Juiz José Leopoldo Felix de Souza, DOERJ, Parte III, de 19/11/2002).

Como se vê, a questão é polêmica, observando-se inconsistências e contradições da jurisprudência, dependendo o enquadramento da análise de cada caso. Entretanto, tais dúvidas desaparecem naquelas situações em que a atividade principal da empresa consiste em explorar diretamente essa atividade ou quando a empresa mantém determinado setor para atender ao público, por meio do sistema de telefonia, seja no modo ativo, seja receptivo.

Portanto, embora assistentes de vendas possam ser enquadrados como operadores de *telemarketing* pela utilização preferencial de equipamentos de telefonia e processamento de dados, é possível argumentar o equívoco desse enquadramento, pois o telefone é mero instrumento de trabalho, enquanto sua atividade preponderante é realizar vendas. No dia a dia, esses trabalhadores obrigam-se a analisar previamente as informações relativas aos clientes, examinar cadastros e elaborar relatórios diários sobre as vendas, entre outras atividades correlatas.

Como facilmente se pode concluir, no caso de “assistente de vendas” há predomínio de funções de cunho administrativo, imprescindíveis para o sucesso de suas atividades. E, uma vez atingidas as metas, poderá ter direito a determinado prêmio ou bonificação, mesmo porque o salário cada vez mais se vincula a resultados. Ora, o telefone, nesse caso, nada mais é que simples meio para desenvolver sua atividade principal – vendas.

Mas, além dos assistentes de vendas, há outras atividades similares que certamente não se enquadram como operadores de *telemarketing*. O padrão formulado pela NR-17 se destina a trabalhadores que se utilizam de “equipamentos de audição/escuta e fala telefônica” de forma simultânea, de modo que não basta a simples utilização de sistemas de processamento de dados, devendo estes ser utilizados juntamente com equipamentos de telefonia. Há empresas que mantêm setor específico de *telemarketing*, responsável por diversas tarefas envolvendo relacionamento com clientes, tais como captação de vagas, prospecção e retenção de clientes e esclarecimento de dúvidas referentes ao *website*, entre outros.

Por fim, tais trabalhadores também não se enquadram na função de digitadores. Estes trabalhadores têm direito à tutela especial por conta de suas funções estritamente mecânicas, diferentemente do que ocorre com assistentes de venda, por exemplo. A jurisprudência é pacífica nesse sentido:

OPERADOR DE *TELEMARKETING*. DIGITADOR. DISTINÇÃO. Serviços de digitação conceituam-se como operações de entrada de dados no sistema de processamento eletrônico, executadas permanente e consecutivamente para alimentação de um sistema ou programa, armazenando dados ou informações, sujeitas ao controle da produção através do número de toques sobre o teclado. Trata-se de função mecânica que prescinde de raciocínio ou exercício de inteligência, envolvendo tão-somente movimentos físicos repetitivos. Já o operador de *telemarketing* desenvolve misteres com maior grau de complexidade e envolvimento intelectual, no contato com o cliente e análise dos dados antes de inseri-los no sistema, de modo que não se atua de forma exclusiva e permanente na digitação de dados. Inexistente a sinonímia entre a função de operador de *telemarketing*, improcede a pretensão relativa ao intervalo previsto na Portaria nº 3.751/90. [...] (TRT da 2ª Região - RO nº 00266-2005-014-02-00-7, 4ª Turma, Relator Ricardo Artur Costa e Trigueiros, data de julgamento: 05/8/2008).

OPERADOR DE *TELEMARKETING*. DIGITADOR. SERVIÇOS DIVERSOS. Serviços de digitação são aqueles que envolvem operações de entrada de dados no sistema de processamento eletrônico, executadas permanentemente e consecutivamente para alimentação de um sistema sujeito ao controle da produção através do número de toques sobre o teclado. Trata-se de função mecânica que prescinde de raciocínio ou exercício de inteligência, envolvendo tão-somente movimentos físicos repetitivos. A reclamante se ativava no contato com o cliente e não de forma exclusiva e permanente na digitação de dados, não se enquadrando no conceito específico de digitadora. Assim, não faz jus ao intervalo de dez minutos a cada noventa trabalhos, previsto no art. 72 da CLT. (TRT da 2ª Região, RO nº 01143-2008-005-02-00-5, 4ª Turma, Relator: Carlos Roberto Husek, data de julgamento: 28/4/2009).

Como se pode inferir do exposto, a caracterização como “operador de *telemarketing*” ainda não está pacificada em nossos tribunais especializados, nem a doutrina se debruçou o

suficiente sobre o tema para oferecer melhores subsídios. A sobrecarga de trabalho e o estresse mais acentuado têm servido de argumentos para justificar o enquadramento de determinados trabalhadores como operadores de *telemarketing* e beneficiá-los com certas vantagens, quando tais dificuldades não se limitam a eles. Na verdade, observa-se mudança radical no mundo do trabalho, em especial por conta dos novos veículos de comunicação.

Embora, como demonstrado, seja extremamente polêmica a questão, é possível enquadrar como “operador de *telemarketing*” trabalhadores que se utilizam de equipamentos de telefonia e processamento de dados como a principal ferramenta de trabalho e que, para desempenhar suas atribuições, passam a maior parte de sua jornada ao telefone, com prevalência de tarefas mecânicas, em detrimento de atribuições intelectuais e administrativas. Ou seja, é razoável concluir que é possível o enquadramento como operador de *telemarketing* quando presentes os elementos acima descritos, isto é, comunicação com clientes e usuários “realizada à distância por intermédio da voz e/ou mensagens eletrônicas, com a utilização simultânea de equipamentos de audição/escuta e fala telefônica e sistemas informatizados ou manuais de processamento de dados”.

3. Outras questões

3.1 Ergonomia

Com relação às garantias asseguradas aos operadores de *telemarketing*/teleatendimento, o Anexo II da NR-17 estabelece regras concernentes à ergonomia do trabalho envolvendo diretrizes sobre mobiliário e utilização de equipamentos.

Quanto ao mobiliário, a norma estipula diretrizes relativas à distância entre monitor e teclado, à largura mínima da bancada de trabalho, à altura das superfícies de trabalho e às especificações dos assentos, como altura, estofamento e mobilidade (item 2.1).

Extrai-se do Anexo II da NR-17, que os conjuntos de *headsets* devem ser fornecidos gratuitamente pelo empregador e substituídos prontamente sempre que, pelo operador de *telemarketing*, sejam detectados defeitos ou desgaste em razão do uso (itens 3.1 e 3.1.3, “b”).

No mais, tais equipamentos devem ser individuais e permitir ao operador a alternância do uso das orelhas no curso da jornada de trabalho (item 3.1). É possível, alternativamente, fornecer um *headset* para cada posto de atendimento, desde que as partes passíveis de qualquer espécie de contágio ou risco à saúde – i.e., que impliquem contato físico com o operador – sejam de uso individual (item 3.2).

Os dispositivos de operação dos equipamentos devem ser de fácil utilização e estar ao alcance dos operadores (item 3.1.3, “c”), bem como permitir o ajuste individual da intensidade do nível sonoro (item 3.1.3, “d”).

Ainda, é imprescindível a adequada higienização, pelo empregador, dos conjuntos de *headsets* fornecidos (item 3.1.3, “a”). A Norma Regulamentadora é omissa a respeito de como se deve dar referida higienização. Porém, por óbvio, a empresa deve zelar pelo asseio dos equipamentos conforme informações fornecidas pelo fabricante, de modo a garantir a segurança e reduzir os riscos à saúde do trabalhador.

Como medida de segurança do trabalho, ainda, devem ser rigorosamente observadas as instruções de uso recomendadas pelo fabricante (item 3.1.3, “a”). Nesse sentido, para o

adequado funcionamento e manutenção dos conjuntos de *headsets*, deve o empregador utilizar-se de pessoal técnico familiarizado com as mencionadas recomendações (item 3.2).

Relativamente aos conjuntos de *headsets*, devem ser providos de sistema de proteção contra choques acústicos e ruídos indesejáveis de alta intensidade, garantindo o pleno entendimento das mensagens recebidas/enviadas (item 3.1.3, “d”).

Enfim, segundo a norma, os conjuntos de *headsets* devem:

- a) ser fornecidos gratuitamente pelo empregador e substituídos sempre que necessário (itens 3.1 e 3.1.3, “b”);
- b) ser individuais e permitir ao operador a alternância do uso das orelhas no curso da jornada (item 3.1);
- c) apresentar fácil utilização e estar ao alcance dos operadores (item 3.1.3, “c”);
- d) permitir o ajuste individual da intensidade do nível sonoro (item 3.1.3, “d”); e
- e) apresentar sistema de proteção contra choques acústicos e ruídos indesejáveis de alta intensidade, garantindo o pleno entendimento das mensagens recebidas/enviadas (item 3.1.3, “d”).

3.2 Duração do trabalho

Como dito acima, a NR-17 não regula a profissão do operador de *telemarketing*, mas fixa condições especiais para o desempenho dessa importante atividade, com vistas à saúde desse trabalhador, em especial no que se refere ao tempo máximo em que poderá atuar nessa atividade, com direito a pausas e intervalos, além de regras sobre equipamentos e condições ambientais.

Assim, o item 5.3 do Anexo II estabelece jornada máxima de 6 (seis) horas para atividade efetiva e contínua nos centros de *telemarketing*, incluídas as pausas para descanso, de dois períodos descontínuos de dez minutos contínuos cada (item 5.4.1, “b”), além de intervalo para repouso e alimentação de no mínimo vinte minutos, sem prejuízo de outras modalidades de pausas. As pausas estão incluídas na jornada.

Em outras palavras, o tempo máximo do trabalhador em operações de teleatendimento será de seis horas, incluídas aí as pausas acima referidas, de dois períodos descontínuos de dez minutos cada. No restante da jornada poderá desenvolver outras atividades, como execução de tarefas administrativas.

Veja-se, nesse sentido, a orientação da própria Secretaria de Inspeção do Trabalho, órgão vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego, em recente ato declaratório, que aprovou o Precedente Administrativo nº 73, de seguinte teor:

PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Nº 73.

JORNADA. TELEFONISTA. *TELEMARKETING*. REVISÃO DO PRECEDENTE ADMINISTRATIVO Nº 26. Estende-se ao operador de *telemarketing* a proteção prevista no art. 227 da CLT. O tempo de efetivo labor em teleatendimento deve ser de, no máximo, 6 horas diárias. Essa exigência não prejudica a existência de jornadas de duração superior, nos termos da legislação, desde que o restante da jornada seja ocupado com outras tarefas e que se respeitem as pausas obrigatórias diárias previstas no Anexo II da NR-17 e o limite semanal de 36 horas de teleatendimento/*telemarketing*.

REFERÊNCIA NORMATIVA: art. 227 da CLT e itens 5.3 e 5.3.1 do Anexo II da NR-17 da Portaria nº 09, de 30/3/2007.

Quanto às pausas, conforme já referido, deverão ser concedidas ao menos duas de dez minutos, em períodos distintos: após os primeiros e antes dos últimos 60 minutos de trabalho. Ademais, os referidos intervalos deverão ser anotados em registro impresso ou eletrônico, o qual permanecerá disponível aos trabalhadores e à fiscalização do trabalho.

Perante a Justiça do Trabalho, apesar de duras críticas e naturais divergências, a jurisprudência trabalhista é majoritária no sentido de não aplicar aos operadores de teleatendimento/*telemarketing* a jornada de seis horas diárias e 36 semanais prevista aos telefonistas, conforme demonstra a Orientação Jurisprudencial nº 257, da SDI-I, do Tribunal Superior do Trabalho. Da mesma forma, o Precedente Administrativo nº 26 do Ministério do Trabalho não estende a esses profissionais a proteção prevista no artigo 277 da CLT.

Indaga-se da possibilidade de operador de teleatendimento prestar horas extraordinárias. Como já referido, não há lei específica, devendo-se utilizar as regras da CLT, constantes dos arts. 58 e seguintes, inclusive as do art. 61, nas ocorrências de necessidade imperiosa. No entanto, como se trata de atividade singular, com especial interesse do Estado em preservar a saúde dos trabalhadores que atuam nesse setor diferenciado, não são válidos acordo de hora extra, salvo nas excepcionais hipóteses acima indicadas. Apesar do reconhecimento dos instrumentos normativos como meios lícitos de alterações de condições de trabalho, inclusive em matéria de jornada, eventuais instrumentos normativos envolvendo tais trabalhadores não teriam a necessária segurança jurídica por envolver questões de saúde e segurança.

De qualquer forma, se o trabalhador é contratado para executar atividades exclusivas de teleatendimento, sua jornada será de seis horas, ou mesmo de quatro horas, se houver acordo expresso nesse sentido, sem prejuízo das pausas e intervalos. Como dito, tais pausas integram a jornada de trabalho. Embora, em regra, intervalos não integrem a jornada, nosso sistema estabelece exceções a essa regra em outras situações, como os períodos de amamentação (art. 396 da CLT) ou os repouso assegurados aos trabalhadores em serviços frigoríficos (art. 253 da CLT), apenas para exemplificar.

Há necessidade de se examinar melhor a questão do intervalo para repouso e alimentação, que não se confunde com as pausas. Segundo o item 5.4.2 do Anexo II da NR-17, é de 20 minutos o intervalo para repouso e alimentação, sem prejuízo do intervalo obrigatório para repouso ou alimentação previsto no § 1º do art. 71 da CLT (item 5.4.1.1). Por sua vez, nas jornadas de até quatro horas em atividade efetiva de teleatendimento, deverá ser observada uma pausa contínua de dez minutos (item 5.4.3).

Embora o texto não seja claro, devem-se invocar as regras gerais de proteção do trabalhador em matéria de repouso para sua melhor exegese. Como é de nossa tradição, nas jornadas até 6 horas, quando se tratar de atividades comuns, o empregado tem direito a intervalo de 15 minutos; nas jornadas superiores a 6 horas, é obrigatório conceder intervalo de uma a duas horas para repouso ou alimentação, podendo haver redução para 30 minutos, nos termos da Portaria nº 1.095, de 19 de maio de 2010, ou ampliação para além de duas horas, mediante negociação (art. 71, *caput*, da CLT). Tais intervalos não integram a jornada, salvo negociação em contrário.

No entanto, leitura menos atenta do Anexo II, ora examinado, poderia levar à errônea interpretação de que o operador de teleatendimento, além das duas pausas de dez minutos cada, teria direito ainda a outros dois intervalos para repouso ou alimentação: um de 20 minutos e outro de uma a duas horas.

Não é razoável concluir-se dessa forma, nem foi essa a intenção do Executivo quando legislou por delegação do Poder Legislativo (art. 200 da CLT).

Independentemente das duas pausas de dez minutos cada, nas jornadas de seis horas (outras são previstas, como já referido - itens 5.4.5 e 5.7), terá o operador de telemarketing intervalo para repouso ou alimentação, que será de 20 minutos se a jornada for de seis horas, ou de uma a duas horas nas hipóteses de jornada superior a seis horas. O intervalo estabelecido no art. 71 da CLT, de uma a duas horas, poderá ser reduzido para 30 minutos mediante autorização do Ministério do Trabalho e Emprego, ou ampliado além de duas horas mediante negociação. Não haverá o referido intervalo quando a jornada do operador não superar quatro horas, pois já está beneficiado com uma pausa de dez minutos, no mínimo.

Por fim, há críticas – e mesmo dúvidas – em relação ao expediente utilizado para regular assunto tão complexo por meio de Portaria (Norma Regulamentadora). Os questionamentos quanto à validade da referida Portaria levam em conta o fato de a União ter competência exclusiva para legislar, por meio de lei federal, sobre Direito do Trabalho, nos termos do artigo 22, I, da Constituição da República. Entretanto, nos termos do artigo 200 da CLT, cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego estabelecer normas – de caráter especial – sobre questões de saúde e segurança do trabalho, como é a hipótese ora analisada.

4. Conclusões

Ao longo desses anos, o Direito do Trabalho responsabilizou-se pela construção de dois pilares fundamentais no arranjo das relações de trabalho, tendo o trabalhador como sua razão de ser e os valores do trabalho como meta. Embora a construção da ética no trabalho ainda engatinhe, as questões que dizem respeito à dignidade do trabalhador e sua cidadania há tempos estão na agenda daqueles que estão comprometidos com uma sociedade mais justa e solidária.

É verdade que há muita resistência em se avançar em tema que envolve cidadania, mas progredimos muito em relação aos direitos fundamentais do trabalhador como ser humano. E o núcleo desses direitos fundamentais consiste na saúde e no meio ambiente de trabalho. Esse é o ponto em discussão sobre operador de *telemarketing* – uma pequena compilação de direitos a lhe garantir condições dignas de trabalho nesse ambiente tão hostil, com necessidade de regras especiais que envolvem conforto, segurança, saúde e desempenho eficiente. No mais, aplicam-se a esse trabalhador as regras da CLT, seja no que se refere à duração do trabalho, seja à saúde e segurança.

Pelas peculiaridades dessa atividade, há regras especiais, como as relativas à ergonomia e à duração do trabalho enquanto atuar nesse setor, limitada a jornada a seis horas, além de intervalo e pausas especiais. Ou seja, para preservar a dignidade do operador de telemarketing e sua saúde, não poderá trabalhar além de seis horas apenas nessa atividade, nelas incluídas as pausas, sem prejuízo do intervalo para repouso e alimentação, podendo completar sua jornada com outras atribuições.

Telemarketing: atividade-meio ou atividade-fim?

Marcel da Costa Roman Bispo¹

Objetivo

O presente estudo questiona a distinção entre atividade-meio e atividade-fim adotada pela jurisprudência para traçar a fronteira entre a terceirização lícita e ilícita com base no exame da jurisprudência sobre o *telemarketing*. O argumento parte da premissa da ausência de pessoalidade e subordinação direta.

Telemarketing

O termo *telemarketing* surgiu na década de oitenta para designar a promoção de produtos por telefone. Os significados e usos do *telemarketing* cresceram. Pode ser definido como uma técnica comercial que abrange a divulgação, cobrança, atendimento ao público em geral e assistência técnica pelo telefone, com a observância de roteiros de atendimento².

O surgimento do setor tem relação direta com a grande melhora nos serviços de telecomunicação e de informática que permitiram a centralização e prestação dos serviços a longa distância de onde se encontra o público-alvo.

A relação de clientes engloba as mais diversas empresas, governos, entidades beneficentes e partidos políticos (o *telemarketing* político), entre outros. Os chamados “*call centers*” ganharam musculatura e visibilidade. O crescimento do setor desde os anos noventa foi responsável pela criação de um grande número de postos de trabalho, a maioria preenchida por mulheres³⁻⁴.

As Súmulas 256 e 331 do TST

A contratação de mão de obra por empresa interposta (terceirização) e a flexibilização do Direito do Trabalho foram as peças-chave da apregoada modernização das relações de trabalho, no contexto das chamadas reformas neoliberais da década de 1990.

1. Juiz do Trabalho Titular da 55ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro.
2. Segundo a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), operadores de *telemarketing* “atendem usuários, oferecem serviços e produtos, prestam serviços técnicos especializados, realizam pesquisas, fazem serviços de cobrança e cadastramento de clientes, sempre via teleatendimento, seguindo roteiros e *scripts* planejados e controlados para captar, reter e recuperar clientes”.
3. Vide *A feminização do trabalho no mundo do telemarketing* de Cláudia Mazzei Nogueira, publicado na pesquisa Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil, organizada por Ricardo Antunes.
4. Segundo a pesquisa acima, a Atento Brasil começou suas operações com algo em torno de mil funcionários, em abril de 1999, e contava com cerca de 54 mil em 2005.

O que caracteriza a terceirização é a transferência de serviços, encargos ou partes da produção que eram ou seriam executados pela empresa-cliente para terceiros. Do ponto de vista do empresariado, a transferência reduz custos e riscos e ainda implica a melhora dos serviços pela especialização. Para os trabalhadores, o fracionamento da produção fragilizou o poder de negociação dos sindicatos e a rede de proteção social dos trabalhadores⁵.

O Tribunal Superior do Trabalho, num primeiro momento, posicionou-se de forma extremamente restritiva à terceirização. Ele afirmou, com a edição da Súmula 256, que contratação de trabalhadores por empresas interpostas, salvo nas hipóteses de trabalho temporário e serviço de vigilância, era **ilegal** e atraía como consequência a formação do vínculo diretamente com o tomador de serviços⁶.

A terceirização foi enfrentada como um caso de fraude à legislação tutelar trabalhista, incompatível com o princípio de continuidade do contrato de trabalho e o objetivo da integração do trabalhador na vida da empresa. Em suma, um caso de fraude à legislação tutelar trabalhista.

A Súmula 331 do TST substituiu a Súmula 256 e sacramentou a fórmula ainda vigente que reconhece a licitude da terceirização de *“serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta”*. Para a referida súmula, ilícita é a terceirização praticada na atividade-fim do tomador de serviço e/ou com subordinação pessoal e direta.

As consequências passaram a ser igualmente diversas: no caso da terceirização lícita na iniciativa privada, a responsabilidade subsidiária do tomador pela inobservância dos deveres de vigilância e acompanhamento do contrato; no caso da terceirização ilícita, a formação do vínculo com o tomador. Para a Administração Pública, a responsabilidade seria subsidiária mesmo no caso da terceirização ilícita diante do óbice do artigo 37, inciso II, da CF.

Objetivando disciplinar a terceirização, criou-se a distinção conceitual entre atividades-fim (atividades não delegáveis) e atividades-meio (que podem ser terceirizadas/delegadas às empresas especializadas).

-
5. A verticalização dos produtos e serviços pelas grandes empresas significou a transferência de empregos e dos custos trabalhistas, o que se multiplicou pela externalização promovida pelos terceirizados para empresas ainda menores. Os resultados foram a perda da *qualidade* desse emprego, a fragmentação do núcleo estável do mercado de trabalho e a diminuição da capacidade de intervenção dos sindicatos.
 6. Súmula nº 256 - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 03/01/1974, e 7.102, de 20/6/1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.
 7. Nº 331 - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE - INCISO IV ALTERADO PELA RES. 96/2000, DJ 18/9/2000.
 - I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03/01/1974);
 - II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988);
 - III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20/6/1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta;
 - IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21/6/1993). (Redação dada ao inciso pela Resolução TST nº 96, de 11/9/2000, DJU 18/9/2000).

Os conceitos de atividade-meio e fim

A Súmula 331 sustenta-se sobre um critério sabidamente frágil: “É verdade que não há parâmetros bem definidos do que sejam atividades-fim e atividade-meio e muitas vezes estar-se-ia diante de uma zona cinzenta em que muito se aproximam uma da outra”⁸.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado, atividades-fim são “as atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços”, enquanto as atividades-meio são as “atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços”⁹.

A jurisprudência trabalhista, com a Súmula 331 do TST, procurou compatibilizar o reconhecimento da inevitabilidade da terceirização com a limitação de sua abrangência e efeitos.

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA – FORMAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO DIRETAMENTE COM O TOMADOR DE SERVIÇOS – **A terceirização dos serviços, figura jurídica importante e verdadeira necessidade de sobrevivência das empresas em competitivo mercado, traduz realidade inatacável e não evidencia prática ilegal, por si só.** Entretanto, constitui fraude aos princípios norteadores do Direito do Trabalho a dissimulação de intermediação de mão-de-obra sob a forma de contrato de prestação de serviços que tenha por objeto a realização de tarefa ínsita à atividade fim do tomador. Assim é que a terceirização é admitida na contratação de empresa especializada em atividades paralelas ou de suporte, desde que não haja distorção em sua essência e finalidade, com a substituição dos empregados próprios por outros oriundos de empresa interposta. Observando-se, na hipótese, que o empregado oferecido por empresa prestadora se via engajado na atividade essencial do tomador de serviços, participando integrativamente do processo de produção, trata-se, por certo, de intermediação fraudulenta de mão-de-obra, o que autoriza a confirmação da r. sentença recorrida. Recurso a que se nega provimento. (TRT 3ª R. – RO 00196-2007-088-03-00-0 – 4ª T. – Rel. Des. Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello – DJE 15/12/2007).

EMPRESA DE TELEFONIA – **TELEMARKETING** – TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA – FORMAÇÃO DO VÍNCULO DIRETO COM A TOMADORA DOS SERVIÇOS – Quando os serviços de telemarketing ocorrem na **execução de atividade-fim da tomadora dos serviços, incluindo venda de produtos e cobranças**, inarredável o reconhecimento da relação de emprego com a tomadora dos serviços. É certo que **o instituto da terceirização é permitido, possibilitando uma maior especialização da prestação de serviços, bens e produtos.** Ocorre que ela não pode ser levada a extremos, sob pena de admitir que a empresa tomadora de serviços torne-se apenas uma abstração legal, sem nenhuma atividade desenvolvida por ela diretamente. (TRT 3ª R. – RO 765/2009-108-03-00.9 – Rel. Juiz Conv. Milton V. Thibau de Almeida – DJE 25/6/2010 – p. 137).

8. ABDALA, Vantuil. Terceirização: Atividade-meio e fim. *Revista LTr*, n. 60, 1996.

9. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

Luiz Carlos Amorim Robortella¹⁰, uma das vozes que se destacaram na defesa de um modelo mais flexível de regulamentação do trabalho no debate travado nos anos noventa, salientou que os conceitos de atividade-fim e atividade-meio não são jurídicos, mas inerentes à atividade empresarial, cuja dinâmica pode converter, em pouco tempo, a atividade-fim em meio.

Souto Maior considerou a distinção sobre a qual se baseia a Súmula 331 do TST um **pressuposto não demonstrável**:

Na verdade, o critério é plenamente falso e desconsidera a própria conceituação de empresa (considerada pela CLT como o ente empregador). A empresa é atividade organizada destinada a um objetivo: o lucro. Este é o verdadeiro fim de qualquer empresa. O produto e os mecanismos de sua execução são apenas o objeto. Assim, todo o serviço realizado na unidade produtiva está voltado ao mesmo fim¹¹.

De fato, não é evidente que serviços de limpeza e conservação não atendem à finalidade de um hospital, de uma academia de ginástica ou de um órgão público.

Ele critica a Súmula n° 331 do TST por não vincular a validade da terceirização a qualquer tipo especialização da empresa prestadora de serviço, o que teria permitido a constituição de empresas de mera prestação de serviço sem finalidade empresarial específica e sem idoneidade econômica. Em suma, a terceirização seria mera técnica de precarização do trabalho.

No caso das empresas de *telemarketing*, não é fácil negar a especialização. Afinal, trata-se de um serviço prestado em escala mundial, que não existia há cerca de trinta anos e que atende a uma gama variada de clientes/interesses. As empresas do setor divulgam bons resultados econômicos, não há como presumir a sua inidoneidade financeira. Resta saber se o *telemarketing* é mera técnica de precarização, o que o invalidaria por completo, ou se é a insuficiente regulamentação do setor que permite esse resultado.

Atividade-meio ou fim?

A jurisprudência considera que serviços de distribuição, comercialização, divulgação e suporte ora são atividades-fim, porque atendem a uma necessidade permanente da tomadora, ora são atividades-meio, por não se confundirem com o objetivo principal do contratante.

O sistema produtivo é formado de uma cadeia de agentes produtivos interligados no mercado, reciprocamente dependentes, em constante troca (fluxo) de bens, serviços e capital. Uma primeira classificação, presente nos manuais de economia¹², divide o sistema em setores primário (todas as atividades em contato direto com a natureza), secundário (produção e transformação de bens) e terciário (serviços). Como se trata de um sistema articulado, não é tranquilo utilizar a “necessidade” de um agente econômico para outro como critério de validade da terceirização. E o dinamismo da economia é capaz de tornar obsoletos produtos e serviços

10. ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. Terceirização – Aspectos Jurídicos – Responsabilidades – Direito Comparado. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, v. 58, ago. 1994.

11. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Pelo Cancelamento da Súmula 331 do TST, tese apresentada no Conamat de Maceió/2006, e A terceirização sob uma perspectiva humanista. *Revista Juris Síntese*, jul./ago. 2004.

12. CANO, Wilson. *Introdução à Economia: uma abordagem crítica*. 4. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2006.

antes considerados “indispensáveis” e substituí-los por outros. O mesmo se aplica à forma de organização das empresas.

As duas ementas abaixo chegaram a conclusões distintas quanto ao mesmo tomador (instituição financeira). O segundo acórdão define a finalidade do banco como a obtenção de lucro. Logo, toda mão de obra capaz de produzir lucro para o banco atenderia a sua atividade-fim. Sem entrar no mérito das condições nas quais o trabalho foi executado, a premissa adotada ignora que a busca pelo lucro é um valor comum a todos os empresários numa sociedade capitalista. É o objetivo perseguido pelo contratante e pela contratada, independentemente de a terceirização ser lícita ou não.

TERCEIRIZAÇÃO – ATIVIDADES NÃO ESSENCIAIS DA EMPRESA – EXTENSÃO – “Terceirização legítima – Prestação de serviços não essenciais ao ramo de atividades do tomador de serviços. *A prestação de serviços não essenciais (operações de telemarketing) ao objetivo da empresa tomadora de serviços (operações financeiras) configura legítima terceirização, não havendo amparo jurídico o pedido de reconhecimento de vínculo direto com a empresa cliente, especialmente se não houver subordinação do empregado da contratada (prestadora) à empresa contratante (entidade financeira). A aplicação do art. 9º da CLT somente se justifica ante a prova inequívoca da triangulação fraudulenta, o que não é o caso dos autos.” (TRT 2ª R. – RO 09913200390202008 – 4ª T. – Rel. Juiz Paulo Augusto Câmara – DJSP 25/07/2003 – p. 70).*

OPERADORA DE “TELEMARKETING” – VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO DIRETAMENTE COM O BANCO – A **finalidade do banco é a obtenção de lucro** com as transações mercantis que realiza relativas ao oferecimento de serviços na área financeira. Assim, **as pessoas que, direta ou indiretamente, oferecem os produtos do banco em seu nome a terceiros estão lidando com sua atividade principal**. Logo, empregada contratada por empresa diversa para exercer a função de operadora de “telemarketing”, tendo se ativado durante todo o período do contrato de trabalho para banco, realizando **trabalho diretamente ligado à atividade-fim dele, como captação de novos clientes**, deve ter reconhecido o vínculo empregatício diretamente com o banco reclamado. (TRT 15ª R. – RO 0301-2006-092-15-00-3 – 39377/07 – 1ª C. – Rel. Juiz Luiz Roberto Nunes – DOE 24/08/2007 – p. 87, grifo nosso).

O Telemarketing e a Lei Geral de Telecomunicações

A Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.742/97) conceitua os serviços de telecomunicação como “o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicações” (artigo 60, *caput*), ou seja, “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”.

O artigo 94 autoriza as concessionárias, “observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência (reguladora)”, a: 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.

O dispositivo acima é invocado como fundamento para a terceirização de diversas atividades que antes eram executadas diretamente pelas empresas de telecomunicação como serviços de instalação, manutenção e apoio. Como se sabe, a privatização foi acompanhada da “reorganização produtiva” do setor com a dispensa de um grande número de funcionários. Não raro, ex-funcionários foram contratados por meio de empresas terceirizadas para desempenhar funções iguais ou semelhantes às que desempenhavam antes.

O artigo 94 da Lei 9.472/97 inspira decisões díspares nos tribunais trabalhistas.

Os acórdãos abaixo afirmam a novidade do setor de *telemarketing*, que representa a transferência de um setor produtivo e não apenas de mão de obra. Para o julgado, o *telemarketing* é uma atividade específica com características próprias, daí porque é prestado para diversos clientes. Acrescenta que, de toda sorte, a Lei 9.472/97 autoriza a terceirização mesmo em atividade-fim:

RECURSOS DE REVISTA DAS RECLAMADAS TIM NORDESTE E ACS – MATÉRIA COMUM – LEGALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO – RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO DIRETAMENTE COM A EMPRESA TOMADORA DOS SERVIÇOS DE “CALL CENTER” – ATIVIDADE-MEIO IMPOSSIBILIDADE – VALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO – 1- Conforme dispõem os arts. 25, § 1º, da Lei 8.978/95 e 94, II, da Lei 9.472/97, as empresas concessionárias de serviços de telecomunicações podem contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias e complementares ao serviço concedido. 2- No caso, o Regional reconheceu o vínculo de emprego formado diretamente entre os Reclamantes, atendentes de “callcenter”, e a empresa tomadora dos serviços (Tim Nordeste S.A.), por entender que os Autores desenvolviam tarefa que os enquadrava na atividade-fim da Reclamada. Salientou, ainda, que houve subordinação objetiva, pois os Reclamantes foram inseridos no processo produtivo das Reclamadas. **3- Atuando os Obreiros como atendentes de “callcenter”, serviço que engloba diversas modalidades de intermediação da comunicação com os clientes, utilizados com igual proveito por empresas que desempenham atividades econômicas de naturezas diversas e, evidentemente, distinto da oferta de telecomunicação, efetiva atividade-fim das empresas concessionárias de telefonia, afigurando-se, portanto, passível de terceirização válida, como atividades-meio em empresa de telecomunicações.** 4- Destarte, merece reforma o acórdão que reconheceu o vínculo de emprego entre os Reclamantes, atendentes de “callcenter” e a empresa concessionária de telefonia, tomadora dos serviços. Recurso de revista provido. (TST – RR 6500-29.2009.5.03.0044 – Relª Minª Maria Doralice Novaes – DJE 11/6/2010 – p. 988).

TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA – OPERADORA DE TELEMARKETING – LEI 9.472/97 – A transferência dos serviços de callcenter, evidenciada nas diversas lides submetidas a esta Justiça Especializada, demonstra que **a terceirização não foi apenas de mão-de-obra, mas do próprio serviço ou atividade, autêntica terceirização, com a transferência de um setor produtivo.** Além disso, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), em seu artigo 94, II, autoriza expressamente “a contratação com terceiros de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados”, **donde conclui-se que mesmo as “atividades-fim” podem ser objeto de contratação de prestadoras de serviços.**

(TRT 3ª R. – RO 111/2010-025-03-00.6 – Rel. Juiz Conv. Jesse Cláudio Franco de Alencar – DJE 06/9/2010 – p. 58).

A ementa seguinte contém um interessante conjunto de argumentos. Num primeiro momento, o relator afirma que o conflito nasce pela perda de direitos e vantagens. Caso contrário, a lide não existiria “por falta de interesse”. Em seguida, a terceirização é taxada de irregular porque “a função está perfeita e essencialmente inserida nas atividades empresariais” da empresa contratante, dentro da perspectiva da subordinação estrutural. *A contrario sensu*, a terceirização só seria legítima quando atendesse a necessidades transitórias, descontínuas do contratante, o que independe da precarização.

EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES – TERCEIRIZAÇÃO – A decisão de não validar a terceirização implementada pela reclamada - Uma empresa de telecomunicação não afronta o artigo 94 da Lei nº 9.472/97, tampouco a Súmula Vinculante nº 10 do Excelso Supremo Tribunal Federal. Isso porque toda a celeuma não decorre apenas da terceirização em si, mas advém das condições e dos efeitos dessa terceirização. Noutra falar, ***se a intermediação da mão de obra implicasse também a concessão de salários, vantagens e de todas as condições de trabalho idênticas aos dos empregados da empresa tomadora dos serviços, certamente esta ação sequer existira***, por absoluta ausência de interesse/necessidade da prestação jurisdicional. Assim, se as empresas de telecomunicações querem e devem cumprir a legislação, tanto a Lei 9.472/97, como as leis trabalhistas e a própria Constituição, não podem permitir que os terceiros que para si trabalhem sejam discriminados ou recebam tratamento distinto daquele que elas próprias oferecem aos seus empregados. ***O que não se tolera em um Estado Democrático de Direito, fundado na valorização do trabalho e na dignidade da pessoa humana, é a terceirização que proporciona discriminação salarial, de condições de trabalho, de direitos e de pessoas***. Não se pode ignorar que o homem deve ser visto como um fim em si mesmo e não como mero instrumento para obtenção de objetivos outros, entre os quais se destaca a crescente lucratividade. Mas, ***além disto, a terceirização em si da atividade de telemarketing não prima pela regularidade, pois a função está perfeita e essencialmente inserida nas atividades empresariais da TELEMAR S.A. E uma vez inserido nesse contexto essencial da atividade produtiva da empresa pós-industrial e flexível, não se deve só cogitar daquela subordinação direta, mas também, da subordinação estrutural*** que implica reconhecimento do verdadeiro vínculo empregatício.

(TRT 3ª R. – RO 1473/2009-015-03-00.3 – Rel. Des. Márcio Flávio Salém Vidigal – DJE 24/8/2010 – p. 150, grifo nosso).

A conclusão na decisão seguinte é que a atividade de *call center*, descrita como o atendimento a clientes, oferta de produtos, informações, recebimento de queixas e venda de alguns serviços, insere-se na atividade-fim da empresa de telecomunicações. Contém ainda uma condenação geral da terceirização “em atividade-fim” pelos seus efeitos precarizantes na organização do trabalho:

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE FIM DO TOMADOR. Nos termos da Súmula nº 331, I, do C. TST, a contratação por interposta pessoa é ilegal, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, excetuada a hipótese de

trabalho temporário. Entre os malefícios da terceirização em atividade-fim das empresas encontram-se a violação ao princípio da isonomia, a impossibilidade de acesso ao quadro de carreira da empresa usuária dos serviços terceirizados, além do esfacelamento da categoria profissional. No caso, cuida-se de operadora de callcenter, contratada por interposta pessoa, para o fim de prestar atendimento a clientes da tomadora, fornecendo-lhes informações sobre os produtos oferecidos, recebendo queixas e vendendo alguns serviços. Nos termos do **artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 9.472/1997**, é assegurado ao usuário de serviços de telecomunicações o direito à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços. Evidente, pois, que a operadora dos serviços de telefonia estava obrigada, por Lei, a manter o tipo de atendimento executado pela autora, donde se conclui que ela não poderia abrir mão das atividades prestadas pela obreira para manter o empreendimento que explorava. O C. TST tem-se manifestado pela ilicitude da terceirização em várias decisões, como, por exemplo: RR-54200-46.2008.5.03.0008 Julgamento: 11/11/2009, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Divulgação: DEJT 27/11/2009; RR-74500-42.2007.5.03.0112 Julgamento: 18/11/2009, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, Divulgação: DEJT 27/11/2009; RR-115300-03.2008.5.03.0137 Julgamento: 14/10/2009, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Divulgação: DEJT 23/10/2009; RR-78100-13.2007.5.24.0007 Julgamento: 27/05/2009, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, 3ª Turma, Divulgação: DEJT 19/06/2009; AIRR-132140-50.2006.5.03.0140 Julgamento: 11/03/2009, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Divulgação: DEJT 20/03/2009; ED-RR-17900-47.2006.5.03.0011 Julgamento: 27/08/2008, Relator Ministro: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, 2ª Turma, Publicação DJ 12/09/2008. (TRT 3ª R.; RO 1172/2009-014-03-00.3; Relª Desª Alice Monteiro de Barros; DJEMG 21/09/2010).

O Tribunal Superior do Trabalho, contudo, parece bem longe do consenso sobre o tema. A decisão seguinte afasta a presunção de irregularidade na terceirização via *telemarketing* e vincula o seu reconhecimento à prova da pessoalidade e da subordinação direta:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – TERCEIRIZAÇÃO – ***O entendimento adotado pelo Regional, de ser válida a terceirização dos serviços de teleatendimento ou telemarketing, não caracteriza contrariedade à Súmula 331 do TST, pois foi asseverado que não houve prova do labor pessoal e subordinado à tomadora dos serviços*** - TELEMAR NORTE LESTE S.A., entendimento de cunho fático que não pode ser revisto nesta instância superior, a teor da Súmula 126 do TST. Os artigos 5º, XIII, e 7º, VI e XXXIV, da Constituição Federal e 468 da CLT não foram prequestionados no Regional, incidindo, assim, como óbice a seu exame nesta Corte Superior, a Súmula 297 do TST. Arestos inservíveis ao confronto, nos termos da alínea “a” do art. 896 da CLT. [...] Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TST – AIRR 1082/2003-022-01-40.7 – Relª Minª Dora Maria da Costa – DJE 14/5/2010 – p. 1248).

Considerações finais

A linha divisória entre a terceirização lícita e ilícita traçada pela jurisprudência apegase a critérios muito frágeis. Na jurisprudência trabalhista, atividades idênticas são classificadas ora como 'fim', ora como 'meio' para as mesmas tomadoras/clientes.

Ao admitir a existência de formas lícitas de terceirização, a jurisprudência incorporou o discurso do ganho de produtividade e eficiência trazido pela especialização. A distinção entre 'meio' e 'fim' carrega um modelo de empresa e de organização produtiva que admite a necessidade da concentração dos melhores esforços da atividade empresária num determinado centro de interesses, que a define.

Por outro lado, é forte o receio dos efeitos precarizantes da terceirização e enfraquecimento dos princípios tutelares do Direito do Trabalho.

O *telemarketing* entra em cena na década de noventa. Em não mais de vinte anos, o setor expandiu-se fortemente no Brasil em termos de clientela, número de empregados e investimentos.

Se as empresas de *telemarketing* formam um ramo de negócios, é porque elas possuem "núcleo" e "dinâmica" próprias, orientadas para o lucro, tal como seus clientes (e toda atividade empresária numa sociedade capitalista). Oferecem um serviço com características que o distingue. Superada a imprecisão da distinção, não parece arbitrária a sua classificação como "atividade-meio" para os tomadores.

Contudo, a fragilidade da distinção não pode ser facilmente superada. Já está mais do que na hora da aprovação de um novo marco legal para o *telemarketing* e para a terceirização em geral, capaz de garantir direitos sem precisar se apoiar nas possibilidades interpretativas abertas pela dicotomia atividade-fim/atividade-meio.

Referência bibliográfica

ABDALA, Vantuil. Terceirização: Atividade-Fim e Atividade-Meio – Responsabilidade Subsidiária do Tomador de Serviço. *Revista LTr*, São Paulo, v. 60, maio 1996.

ANTUNES, Ricardo. *Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil*. São Paulo: Editora Boitempo, 2006.

CANO, Wilson. *Introdução à Economia: uma abordagem crítica*. 4ª reimpressão. São Paulo: Editora Unesp, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: Editora LTr, 2005.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Terceirização – Aspectos Jurídicos-Responsabilidades-Direito Comparado. *Revista LTr*, São Paulo, v. 58, ago. 1994.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A Terceirização Sob Uma Perspectiva Humanista. *Revista Juris Sintese* jul./ago. 2004.

_____. *Pelo Cancelamento da Súmula 331 do TST*. Tese apresentada no XV Conamat, realizado em Maceió/AL, 2006.

Pesquisa jurisprudencial

Juris Síntese DVD n. 85 – set./out. 2010. São Paulo. Editora IOB, 2010.

Magister.Net. Disponível em <<http://www.magisternet.com>>.

Duração do trabalho do operador de *telemarketing* e atividades afins

Por Marcelo Moura¹

1. Introdução

A proposta deste trabalho é analisar os dispositivos especiais da CLT que cuidam dos trabalhadores em atividades repetitivas. Com base na análise destas normas, em especial dos artigos 227 a 230 da CLT, procuraremos apontar quais os dispositivos possíveis de reger a atividade dos operadores de *telemarketing* e quais aqueles incompatíveis. Este processo de heterointegração é necessário diante das lacunas normativas quanto à regulamentação do trabalho desta atividade profissional.

2. Campo de aplicação: atividades similares às definidas na norma

O *caput* do art. 227², referindo-se aos empregados de empresas que explorem serviços de telefonia, pode conduzir o intérprete à conclusão de que a jornada especial, inclusive de maneira flexível como prevê a norma (seis horas por dia ou 36 por semana), só se aplicaria às empresas que explorem esta atividade de forma preponderante. A interpretação literal, contudo, não prevaleceu na doutrina e tampouco na jurisprudência. Esta, de forma expressa, estendeu a proteção especial aos **telefonistas que operem mesa com ramais**, fora das empresas de telefonia, conforme prevê a **Súmula nº 178 do TST**, a seguir transcrita:

TELEFONISTA. ART. 227, E PARÁGRAFOS, DA CLT. APLICABILIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21/11/2003

É aplicável à telefonista de mesa de empresa que não explora o serviço de telefonia o disposto no art. 227, e seus parágrafos, da CLT (ex-Prejulgado nº 59). Histórico: Redação original - RA 102/1982, DJ 11/10/1982 e DJ 15/10/1982.

O entendimento dominante, estampado na jurisprudência, partiu da premissa segundo a qual os empregados responsáveis pela operação de mesa telefônica, atuando de forma ininterrupta, sofrem o mesmo desgaste físico e psicológico daqueles que trabalham em empresas de telefonia. Por esta razão o serviço de telefonia precisa ser executado de forma contínua e exclusiva, sem estar combinado com atendimentos na recepção, consulta a arquivos

-
1. Juiz do Trabalho Titular da 19ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, RJ, e mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Antonio de Nebrija, Madri, Espanha.
 2. CLT, art. 227 - Nas empresas que explorem o serviço de telefonia, telegrafia submarina ou subfluvial, de radiotelegrafia ou de radiotelefonía, fica estabelecida para os respectivos operadores a duração máxima de *seis horas contínuas de trabalho* por dia ou 36 (trinta e seis) horas semanais.

ou outros trabalhos que não se vinculem ao atendimento telefônico (neste sentido: MARTINS, 2010, p. 233; RUSSOMANO, vol. I, 1993, p. 243; e CARRION, 2010, p. 232).

O entendimento relativo ao telefonista também prevalece para qualquer outra atividade mencionada no *caput* do art. 227, como explica Russomano: “[...] quando se verificar que a natureza do serviço exige atividade permanente do telefonista ou de outro trabalhador enquadrado no art. 227, não se poderá recusar-lhe as vantagens que essa norma assegura.” (1993, p. 243).

2.1. Digitador, operador de telex e *telemarketing*

A doutrina, de forma predominante, e também a jurisprudência, não estende a jornada especial do art. 227 da CLT ao **digitador**.

Alice Monteiro de Barros afirma que “O recurso à analogia (quanto à norma do art. 227), não poderá ser invocado para concluir-se pela equiparação à telefonista, cujas atividades possuem peculiaridades próprias, sabidamente desgastantes, a merecer tratamento especial” (2008, p. 183). Também assim Sergio Pinto Martins (2010, p. 232-233).

Pelos mesmos motivos acima defendidos pela doutrina majoritária – ausência de similitude com as atividades descritas neste artigo e exercício de outras tarefas conjuntamente ao serviço de telefonia ou similares –, a jurisprudência nega a aplicação do art. 227 aos **operadores de telex (OJ nº 213 da SBDI-1/TST)** e aos trabalhadores em ***telemarketing* (OJ nº 273 da SBDI-1/TST)**, conforme se percebe da transcrição a seguir:

OJ-SDI1-213 TELEX. OPERADORES. ART. 227 DA CLT. INAPLICÁVEL (inserida em 08/11/2000)

O operador de telex de empresa, cuja atividade econômica não se identifica com qualquer uma das previstas no art. 227 da CLT, não se beneficia de jornada reduzida.

OJ-SDI1-273 “TELEMARKETING”. OPERADORES. ART. 227 DA CLT. INAPLICÁVEL (inserida em 27/9/2002)

A jornada reduzida de que trata o art. 227 da CLT não é aplicável, por analogia, ao operador de televendas, que não exerce suas atividades exclusivamente como telefonista, pois, naquela função, não opera mesa de transmissão, fazendo uso apenas dos telefones comuns para atender e fazer as ligações exigidas no exercício da função.

É pouco provável, para dizer o mínimo, que um “operador de *telemarketing*” consiga provar que exerce atividade constante e ininterrupta de digitação para ser enquadrado na norma legal referida.

O digitador que trabalhe exclusivamente nesta atividade terá direito à jornada reduzida, por aplicação analógica do art. 227, diante do desgaste semelhante ao sofrido pelos telefonistas, mas não o “operador de *telemarketing*”. Pelo menos é o que defendemos, sem embargo da doutrina majoritária em sentido contrário.

José Cairo Jr., também ressaltando doutrina e jurisprudência dominantes, defende jornada especial para o digitador com base na NR-17, item 17.6.4., que prevê 5 (cinco) horas de trabalho contínuo nesta função.

O autor defende a ideia de que as Normas Regulamentares do Ministério do Trabalho sobre saúde do trabalho, a exemplo desta, são normas abstratas de direito do trabalho, por expressa delegação do art. 200 da CLT, fazendo parte do estatuto mínimo do trabalhador

nacional (DELGADO, 2009, p. 413). Este não é, repita-se, o entendimento dominante, até porque a delegação do art. 200, interpretada como uma autorização para edição de normas jurídicas abstratas, estaria em conflito com a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho (art. 22, I, da CLT).

Também pela inconstitucionalidade do ato administrativo do Ministério do Trabalho: Mário Gonçalves Jr., pelos mesmos fundamentos que ora sustentamos (1996, p. 114-117).

Pelos mesmos argumentos que determinam a impossibilidade de jornada especial para os digitadores, nenhuma norma regulamentar do Ministério do Trabalho poderá prever jornada especial para os operadores *de telemarketing*.

3. Jornada reduzida e flexível

O tratamento especial dispensado aos empregados definidos no artigo 227 da CLT se sustenta em três pilares: **a)** limites variáveis à duração do trabalho: seis horas por dia ou trinta e seis horas semanais; **b)** adicional de 50% sobre a hora normal na jornada prorrogada por necessidade indeclinável (a regra geral, na CLT, antes da Constituição de 1988, era de adicional de horas extras de 20%, como se lê no art. 59, § 2º, da CLT; atualmente, este adicional de 50% não representa mais nenhum benefício, pois é percentual devido para todos os trabalhadores); **c)** remuneração do trabalho em domingos e feriados de acordo com a negociação coletiva.

A conjunção alternativa utilizada no **caput do art. 227** (“ou”) permite a ilação de que o empregador pode se utilizar de **jornada variável**, distribuindo as horas trabalhadas ao longo da semana, respeitado o limite de 36 (trinta e seis) horas semanais.

De qualquer forma o trabalho diário não pode ultrapassar 7 (sete) horas ininterruptas, por expressa vedação do art. 229³, *caput*, da CLT (neste sentido: Sússekind; Maranhão; Vianna, 1987, p. 947-948).

Mais uma vez não há previsão para aplicação desta jornada flexível para os operadores *de telemarketing*, visto que não se enquadram no suporte fático da norma.

3.1. Horas extras e trabalho em domingos e feriados

A **prorrogação** de jornada prevista no **§ 1º, do art. 227⁴** só ocorrerá por “**necessidade indeclinável**”. Esta expressão não é utilizada pela CLT no capítulo da duração do trabalho, mas podemos interpretá-la como sinônimo de “necessidade imperiosa” tratada no art. 61 da CLT, que só permite o labor extraordinário por serviço inadiável, força maior ou serviço cuja não execução possa acarretar prejuízo manifesto.

Esta também é a opinião de Sergio Pinto Martins (2010, p. 233) e Alice Monteiro de Barros (2008, p. 509).

3. CLT, art. 229 - Para os empregados sujeitos a horários variáveis, fica estabelecida a duração máxima de 7 (sete) horas diárias de trabalho e 17 (dezesete) horas de folga, deduzindo-se deste tempo 20 (vinte) minutos para descanso, de cada um dos empregados, sempre que se verificar um esforço contínuo de mais de 3 (três) horas.

4. CLT, art. 227, § 1º - “Quando, em caso de indeclinável necessidade, forem os operadores obrigados a permanecer em serviço além do período normal fixado neste artigo, a empresa pagar-lhes-á extraordinariamente o tempo excedente com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o seu salário-hora normal.”

A remuneração do **trabalho em domingos e feriados** será definida em **negociação coletiva**. A referência no texto do **§ 2º do art. 227 da CLT**⁵ a contrato coletivo de trabalho diz respeito às convenções coletivas ou acordos coletivos de trabalho.

A Lei nº 605, de 5/1/1949, regulamentando a remuneração do repouso semanal, atua de maneira complementar à previsão do § 2º do art. 227, de 20/3/1944. A referida lei proíbe o trabalho em dias de repouso, salvo quando houver exigência técnica da empresa (art. 8º). É o caso, a nosso ver, dos serviços de telefonia, cuja atividade ininterrupta justifica o trabalho em domingos e feriados, desde que observada a remuneração dobrada destes dias, como prevê o artigo 9º da Lei nº 605/49 e a **Súmula 146/TST**.

Em abono ao que defendemos, o art. 7º do Decreto nº 27.048, de 12/8/49, regulamentando a Lei 605/49, concede autorização permanente para funcionamento em dias de repouso às atividades constantes da relação anexa ao regulamento (o item IV, 1, do Anexo relaciona as empresas de comunicação telegráfica, radiotelegráfica e telefônica).

A remuneração dobrada do repouso, com base no art. 9º da lei referida, importou em derrogação deste tema no § 1º do art. 227, que só prevê adicional de 50%, mas mantida a necessidade indeclinável, cuja previsão legal manteve-se intocada diante da lei do repouso.

A negociação coletiva, todavia, poderá estabelecer tratamento diferente quanto à remuneração do trabalho nos repouso e feriados, como prevê o **§ 2º** do art. 227 da CLT.

O tema, contudo, não é pacífico na doutrina. Sergio Pinto Martins entende que a Lei nº 605/49 derogou o § 2º do art. 227 da CLT (2010, p. 233).

Russomano, em posição semelhante à que defendemos, entende que a Lei nº 605/49 só incidirá na ausência de acordo ou convenção coletiva de trabalho, ou seja, na falta de iniciativa dos sujeitos coletivos em firmar as respectivas fontes de direito (1993, p. 242).

Há até mesmo entendimento mais radical asseverando que a compensação do trabalho ocorrido em domingos ou feriados não desautorizaria o pagamento destas horas como extras, como prevê o § 2º do art. 227 (Ralph Candia, *apud* BARROS, 2008, p. 510).

A nosso ver, a regra especial do art. 227, § 2º, da CLT convive, harmonicamente, com a Lei nº 605/49, que atua de forma complementar nos temas que demonstramos acima.

Mais uma vez, considerando-se que as normas acima analisadas só se aplicam às empresas de telefonia, não há lugar para extensão desta proteção legal aos trabalhadores em empresas de *telemarketing*.

5. CLT, art. 227, § 2º - "O trabalho aos domingos, feriados e dias santos de guarda será considerado extraordinário e obedecerá, quanto à sua execução e remuneração, ao que dispuserem empregadores e empregados em acordo, ou os respectivos sindicatos em contrato coletivo de trabalho."

3.2. Jornadas variáveis: sete horas por dia e 36 horas por semana (art. 229 da CLT)

A expressão “horários variáveis” (art. 229 da CLT⁶) não é muito precisa, mas parece indicar um contraste com a jornada de seis horas contínuas do art. 227 da CLT (RUSSOMANO, 1993, p. 244). Assim, os telefonistas e similares se submetem a dois diferentes regimes de duração do trabalho: **a)** jornada de seis horas ou duração semanal de trinta e seis horas, conforme o contrato de trabalho, sujeito o empregado à disciplina dos artigos 227 e 228 da CLT; ou **b)** horário variável do art. 229 consolidado, com jornadas de diferentes durações, mas com limite diário de sete horas de trabalho, intervalo intrajornada de 20 minutos, a cada três horas de trabalho, e interjornadas de 17 horas.

O empregado de horário variável também se submete ao limite semanal de 36 horas, não obstante o limite diário de sete horas (neste sentido: MARTINS, 2010, p. 234; SÜSSEKIND; MARANHÃO; VIANNA, 1987, p. 947; MORAES FILHO; MORAES, 1995, p. 483). Aderimos a esta opinião.

Alice Monteiros de Barros, em sentido contrário, entende que o trabalhador com jornada variável poderá atingir o limite de 42 horas por semana, como resultado de sete horas por dia em seis dias na semana (2008, p. 510).

O critério legal para que se possa permitir a jornada flexível, com horários variáveis em cada dia da semana, leva em consideração tanto a atividade empresarial (empresas de telefonia, telegrafia, radiotelefonia e radiotelegrafia) como a atividade contínua do empregado mesmo fora destas empresas.

Defendendo o critério somente com base na atividade do empregado, desprezando a área de atuação da empresa, Carrion explica que “o art. 229 (da CLT) não permite a contratação em horários variáveis, a critério do empregador, mas prevê ‘esforço contínuo ou não’ do empregado diante da circunstância de ser ininterrupta ou não a solicitação que se lhe demanda.” (2010, p. 234).

6. CLT, art. 229 - “Para os empregados sujeitos a horários variáveis, fica estabelecida a duração máxima de 7 (sete) horas diárias de trabalho e 17 (dezesete) horas de folga, deduzindo-se deste tempo 20 (vinte) minutos para descanso, de cada um dos empregados, sempre que se verificar um esforço contínuo de mais de 3 (três) horas.

§ 1º - São considerados empregados sujeitos a horários variáveis, além dos operadores, cujas funções exijam classificação distinta, os que pertençam a seções de técnica, telefones, revisão, expedição, entrega e balcão. Redação de acordo com DL n. 6.353, de 20.3.1944.

§ 2º - Quanto à execução e remuneração aos domingos, feriados e dias santos de guarda e às prorrogações de expediente, o trabalho dos empregados a que se refere o parágrafo anterior será regido pelo que se contém no § 1º do art. 227 desta Seção.” Redação de acordo com DL n. 6.353, de 20.3.1944.

4. Intervalos do art. 229 da CLT: intra e interjornadas

O **intervalo intrajornada** de 20 minutos, a cada três horas de esforço contínuo, previsto no art. 229, *caput*, é do tipo remunerado, considerado tempo à disposição do empregador, pois se computa na duração do trabalho, à semelhança do intervalo previsto no art. 72 da CLT (neste sentido: DELGADO, 2009, p. 860; SÜSSEKIND; MARANHÃO; VIANNA, 1987, p. 947; MORAES FILHO; MORAES, 1995, p. 483).

Além da pausa de 20 minutos, estes trabalhadores também gozam de intervalo intrajornada do art. 71 da CLT para repouso e alimentação (não remunerado pelo empregador).

A **folga de 17 horas**, também prevista no art. 229, é definida como intervalo interjornada, sendo inaplicável, portanto, a regra geral do art. 66 da CLT, prevendo 11 horas entre uma jornada e outra, pois ambas as normas (art. 66 e 229) têm a mesma finalidade. Todavia, esta folga não deve ser englobada pelo repouso semanal, tendo o empregado direito ao gozo de ambos: 17 horas de intervalo interjornadas, acrescido do intervalo de 24 horas quando o empregado chegar ao fim da semana de trabalho.

4.1. Intervalo do art. 228 da CLT

Considerando-se o caráter penoso e até mesmo extenuante das atividades dos operadores, em quaisquer das modalidades descritas no art. 228⁷ da CLT, o legislador impôs o limite de 25 (vinte e cinco) palavras por minuto para o trabalho ininterrupto. A doutrina vê razoabilidade neste limite (RUSSOMANO, 1993, p. 244; MARTINS, 2010, p. 233).

Este limite pode ser utilizado como parâmetro para o **operador de telemarketing**. Conseguindo o operador demonstrar que digita 25 palavras por minuto, terá direito ao intervalo mencionado no art. 228 da CLT, cujas considerações aqui feitas também lhe são aplicáveis.

O artigo ora referido não prevê qual seria o tempo de paralisação do trabalho. Para Russomano, a referência ao trabalho ininterrupto remete o intérprete ao horário variável, com jornada de sete horas, do art. 229 da CLT. O intervalo, portanto, seria aquele disciplinado no art. 229, *caput*, de 20 minutos.

Para Sergio Pinto Martins, a regra do art. 228 da CLT se aplica aos empregados com jornada de seis horas, estes referidos no art. 227 (2010, p. 233). Alice Monteiro de Barros, com apoio em Amaro Barreto, caminha no mesmo sentido, defendendo que

A jornada dos operadores é a especial de 6 horas, exatamente por ser desgastante. O art. 228 da CLT apenas se lhe impõe a interrupção, para refazimento das energias. E na omissão do texto legal sobre qual seria esta interrupção, aplica-se, subsidiariamente, aquela prevista no art. 72 da CLT (2008, p. 510).

Estamos com Martins e Barros. **A regra do artigo 228 da CLT, que prevê intervalo especial, é aplicável aos trabalhadores com jornada de seis horas do art. 227 da CLT.** Como este intervalo tem por fim evitar a ocorrência de lesões, diante do esforço repetitivo da atividade, sua natureza é a mesma do intervalo previsto no art. 72 da CLT, que merece aplicação

7. Art. 228 - Os operadores não poderão trabalhar, de modo ininterrupto, na transmissão manual, bem como na recepção visual, auditiva, com escrita manual ou datilográfica, quando a velocidade for superior a 25 (vinte e cinco) palavras por minuto.

subsidiária: **dez minutos de intervalo a cada 90 minutos de trabalho**. O intervalo do art. 229 da CLT, portanto, só é aplicável aos trabalhadores com jornada variável.

4.2. Horário para refeição

Prevê o art. 230, § 2º, da CLT: “As empresas não poderão organizar horários que obriguem os empregados a fazer a refeição do almoço antes das 10 e depois das 13 horas e a de jantar antes das 16 e depois das 19:30 horas.”.

A determinação deste parágrafo, impondo o horário em que deve ser concedido o intervalo, é de tal maneira salutar que deveria ser regra geral, propondo-se, assim, a alteração do art. 71 da CLT. Explica-se: o empregado, segundo a regra geral do art. 71, tem direito ao intervalo intrajornada, mas a falta de fixação do seu momento de gozo pode levar o empregador a concedê-lo muito tardiamente, próximo ao fim do labor diário, despindo de eficácia a regra protetiva. Parece ser este também o entendimento do Ministério do Trabalho ao estabelecer os requisitos para a redução do intervalo previsto no art. 71 da CLT, conforme Portaria MTE nº 1.095/2010 - DOU: 20/5/2010, artigo 1º, § 2º: “Os instrumentos coletivos que estabeleçam a possibilidade de redução deverão especificar o período do intervalo intrajornada.”.

A concessão do intervalo fora do horário previsto neste artigo, a nosso ver, equivale à sua supressão, uma vez que não atingirá a finalidade de preservar a saúde do trabalhador, que deixa de repor suas energias no momento oportuno. Em sentido contrário: Martins, que entende se tratar de mera infração administrativa, pois o descumprimento do horário não importa em labor extraordinário (2010, p. 235).

4.3. Consequências jurídicas da supressão do intervalo

Defendemos a tese de que a não concessão do intervalo do art. 228 da CLT, por analogia à regra do art. 72 da CLT, importará em pagamento do tempo trabalhado como serviço extraordinário, mesmo que não haja acréscimo ao final da jornada (interpretação analógica das **OJs 342 e 354** da SBDI-1/TST). Esta interpretação, contudo, é divergente na doutrina.

O **entendimento dominante** é no sentido da remuneração como horas extras somente quando excedida a jornada de trabalho (neste sentido: MARTINS, 2010, p. 122). Não excedida a jornada, pagar-se-á o tempo de intervalo não concedido com base no valor da hora normal, sem qualquer acréscimo, uma vez que esta modalidade de pausa integra a duração normal do trabalho do empregado, caracterizando-se como hipótese de interrupção contratual.

A opinião de Mauricio Godinho Delgado sintetiza a doutrina dominante:

tratando-se de desrespeito a intervalo remunerado, a repercussão consistirá no pagamento do referido período como se fosse tempo efetivamente trabalhado. Tendo este lapso temporal natureza de componente da própria jornada de trabalho, de tempo de serviço obreiro para todos os fins (trata-se de interrupção contratual, lembre-se), **tal desrespeito ensejará o pagamento do período correspondente como se fosse hora (ou fração desta) efetivamente laborada.**

Prossegue o autor: “Esclareça-se que, caso o acréscimo do intervalo produzir a suplantação da jornada regular, o pagamento será feito, evidentemente, com o adicional de horas extras cabível.” (DELGADO, 2009, p. 861).

Referência bibliográfica

BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 35. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, jan. 2009.

GONÇALVES Jr., Mário. Digitador – Jornada – Inconstitucionalidade da Portaria MTb n. 3.751/90. *Revista Trabalho e Doutrina*, v. 9. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES FILHO, Evaristo de; FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Víctor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. v. I. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. v. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

A inaplicabilidade de jornada reduzida e intervalos específicos ao operador de teleatendimento

Ricardo Georges Affonso Miguel¹

A profissão de operador de teleatendimento é nova. Cresceu com a necessidade de atendimento às normas relacionadas ao direito do consumidor, os chamados SAC (Serviço de Atendimento ao Cliente), e, desde então, se expandiu para a seara ativa no interesse das empresas em ofertarem produtos e serviços, tendo isso ocorrido na esteira da terceirização, outro instituto de largas proporções justralhistas.

Como ocorre em qualquer caso, ao surgir a atividade na prática, ficou carente de regulamentação jurídica, que até hoje não foi editada, o que fez com que os operadores do direito do trabalho se socorressem do arcabouço jurídico já existente, deixando o restante para acordos e convenções coletivas, que, por sua vez, geram a discussão de enquadramento sindical.

Considerando que a função em comento envolve digitação (equiparada analogicamente à datilografia pela Súmula 346 do TST) e telefonia de forma combinada, os interessados entenderam que as normas especiais aplicadas tanto ao serviço de telefonia quanto ao de digitação deveriam ser aplicadas aos operadores de teleatendimento. Destarte, sob esta ótica, o empregado teria os benefícios insculpidos nos arts. 72 e 227 da CLT, respectivamente, intervalo de 10 minutos a cada 90 minutos de trabalho contínuo e jornada reduzida para 6 horas.

A OJ 273 da SDI-I do TST houve por bem afastar a aplicação do art. 227 da CLT para os operadores de teleatendimento. Todavia, ainda não se manifestou especificamente quanto ao teor do art. 72 da CLT, tendo surgido também a disposição constante do anexo II, item 5.4.1, letras “a” e “b”, do Ministério do Trabalho e Emprego, que prevê a necessidade de duas pausas de 10 minutos, sendo uma após os primeiros 60 minutos e a outra antes dos últimos 60 minutos.

O escopo deste trabalho é esposar nosso entendimento no sentido da inaplicabilidade de todos esses dispositivos ao operador de teleatendimento, seja porque são específicos para as respectivas profissões, seja porque são de uma época em que o serviço era prestado sem o desenvolvimento tecnológico atual, salientando-se, ainda, a incompetência legislativa do Poder Executivo, por intermédio do Ministério do Trabalho.

Não somos contra a edição de regras preventivas e protetivas de medicina e segurança do trabalho para a profissão em comento, que devem existir e ser prestigiadas. Porém, para a sua aplicação é imprescindível previsão legislativa editada com essa finalidade e em observância dos princípios insculpidos na Constituição. Também não estamos a dizer que a atividade de teleoperador não tenha sua carga de estresse e suas particularidades. Mas elas não decorrem das mesmas razões dos telefonistas e digitadores. Logo, a existência de regulamentação específica protetiva requer ampla discussão nas casas legislativas, observando-se o processo legislativo constitucional.

1. Juiz do Trabalho Titular da 13ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro e professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Cândido Mendes, RJ.

A tutela especial dos arts. 72 e 227 da CLT tem origem na medicina e segurança do trabalho, pois visam proteger o empregado de fadiga física e psicológica gerada pelo trabalho repetitivo, limitado e estressante².

Entretanto, com o advento da tecnologia, atualmente o trabalho da telefonista não é mais tão estressante e já é combinado com funções de recepcionista, o que poderia afastar a incidência da redução de jornada, pois não haveria continuidade na prestação do serviço³.

No tocante à digitação, há que se manter o benefício alcançado, em que pese hoje aos teclados serem de mais fácil operação, pois a repetitividade e a continuidade da prestação do serviço comprovadamente ensejam lesões de esforço repetitivo, qualificadas como doenças ocupacionais relativas ao trabalho. Nesse sentido, a súmula 346 do TST, já que a razão do benefício insculpido no art. 72 da CLT para os datilógrafos continua existindo, pois a digitação é a mesma atividade prestada em um instrumento mais desenvolvido, o que de forma alguma afasta a penosidade da função.

Ocorre que, como frisamos, os benefícios em comento são inerentes aos digitadores e telefonistas, enquanto estamos a comentar o caso dos teleoperadores ou operadores de teleatendimento.

Esses, em verdade, não são digitadores ou telefonistas. Suas funções consistem em utilizar computador para digitar alguns dados, receber ou fazer ligações, falar com clientes e inserir no sistema as informações decorrentes desses contatos. Portanto, a função preponderante é o atendimento e não a digitação ou a transferência de ligações, em que pese tais atividades façam parte do trabalho do teleoperador. A título de exemplo, um Magistrado que digita suas diversas sentenças, nem por isso pode ser considerado um digitador, assim como a secretária que atende ou faz ligações e as transfere para o interlocutor principal não é telefonista. Afinal, hoje em dia quase todas as profissões pressupõem a utilização do computador e a inserção de dados via teclado, o que, de forma alguma, se assemelha à atividade de um digitador.

As normas dos arts. 72 e 227 da CLT são normas específicas de determinadas categorias e que concedem vantagens pelas razões esposadas. Logo, merecem interpretação restritiva, não cabendo analogia na sua aplicação. Daí a razão de a OJ 273 da SDI-I do TST haver afastado a aplicação do art. 227 da CLT para o teleoperador, cabendo o mesmo raciocínio para o art. 72 da CLT pelas mesmas razões.

Com efeito, esse tipo de profissional não está sujeito à continuidade efetiva do trabalho capaz de gerar lesões de esforço repetitivo ou estresse continuado do mesmo modo que as profissões paradigmas. Além de não digitar enquanto faz a ligação, comunica-se com seu interlocutor, lê dados na tela do seu monitor, atende ou efetua ligações distintas com variação oxigenada de informações, por não serem os mesmos problemas ou produtos vendidos.⁴

Portanto, fica afastada a hipótese de aplicação dos dispositivos legais acima citados. Contudo, resta a polêmica relacionada ao anexo II da NR-17 do MTE.

Também nos posicionamos por rechaçar a aplicação desse dispositivo. Não há a obrigatoriedade de observância dos intervalos ali previstos e tampouco sua não concessão geraria a obrigatoriedade no pagamento de horas extras (minutos extras, no caso).

2. BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 505.

3. *Ibid.*, p. 507.

4. *Ibid.*, p. 508.

Nos termos do art. 87, II da Constituição da República, compete ao Ministro de Estado “expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”. Logo, forçoso concluir que a função das normas regulamentadoras editadas pelo Ministério do Trabalho é, na verdade, instruir a execução das leis, decretos e regulamentos, e jamais legislar acerca de estipulação da duração do trabalho, criando intervalo *intrajornada* não insculpido no art. 71 da CLT, sob pena de afronta ao princípio da competência legislativa, arts. 22, I c/c 48 da CRFB, bem como à observância da legalidade estrita, já que norma regulamentadora não é lei em sentido formal. Mais ainda. Haveria violação do princípio da separação dos poderes do art. 2º da CRFB.

No mesmo sentido deve ser a interpretação do disposto nos arts. 155 e 200 da CLT, até porque o inciso I do art. 155 faz referência aos limites da competência do órgão fiscalizador. A interpretação a se fazer do cotejo desses dispositivos com a Constituição é a de que o legislador celetista houve por bem conceder ao Poder Executivo a competência para estipular meios e modos para uma execução melhor e mais segura do trabalho. Porém, em momento algum atribuiu competência legislativa para, frise-se, legislar sobre duração do trabalho, jornada do trabalho, o que ocorreu manifestamente no item 5.4.1 do anexo II da NR-17 ao estipular a necessidade de intervalos durante a jornada do teleoperador.

Destarte, pacificada pela súmula 346 do TST a inaplicabilidade da jornada reduzida dos telefonistas aos operadores de teleatendimento, devemos entender também pela inaplicabilidade dos intervalos previstos no anexo II da NR-17 e no art. 72 da CLT, pois os intervalos aos quais fazem jus são os mesmos para os trabalhadores em geral, quais sejam, os insculpidos no art. 71 da CLT. Saliente-se, ainda, que a estipulação de jornada reduzida na norma administrativa em comento encontra os mesmos óbices acima esposados.

Em síntese conclusiva, tem-se que os operadores de teleatendimento são uma categoria específica que não desfruta das normas atinentes às telefonistas ou aos digitadores, pois sua função preponderante não se refere a nenhuma dessas duas outras profissões, além de os meios tecnológicos atuais para o desempenho do trabalho terem atenuado – e, em alguns casos, neutralizado –, os eventuais malefícios à saúde do trabalhador.

Outrossim, acerca da previsão do item 5.4.1 do anexo II da NR-17 do MTE, tal disposição é inaplicável por não se tratar de lei em sentido estrito, única forma de criação de intervalo em jornada por fonte heterônoma. Sua inobservância não gera a condenação em horas extras, havendo, em um primeiro momento mera infração administrativa, que, ainda assim, será passível de discussão e impugnação pela via do Mandado de Segurança com os mesmos fundamentos aqui esposados.

Reflexões sobre o dano moral nos conflitos relacionados ao trabalhador que exerce atividade de teleatendimento

Roberta Ferme Sivolella¹

1. Considerações iniciais

A realidade hodierna de mercado, ainda com alguns reflexos da última grande crise vivida, traz à baila cenário de contornos ímpares, moldados segundo construção histórica calcada na relação intrínseca entre o mercado, a economia e as relações laborais. E de forma divergente não poderia suceder, eis que a ciência juslaboral é, por excelência, doutrina que tem interligação direta com diversos outros nichos que compõem a sociedade moderna. Como uma relação de causa e efeito contínua e recíproca, o cenário histórico, político e econômico traz inarredáveis consequências na forma de constituição e expressão das relações de trabalho, enquanto estas se mostram, ao mesmo tempo, espelho e termômetro daquelas.

Se por um lado a globalização acelerou esta causalidade-consequência ínsita aos elementos sociais, acabou também por intensificá-la, fazendo surgir novas modalidades de atividades e especialização daquelas já existentes, hábeis a satisfazer as necessidades do mercado. Neste pormenor, pode-se citar a atividade de *telemarketing* (ou teleatendimento, sem ser o escopo do presente estudo a reflexão acerca de seu conceito), a qual não só se adequou, pela natureza de suas tarefas, ao anseio de maior proximidade do mercado negocial com o consumidor como se tornou uma das maiores expressões das modalidades de contratação e subcontratação inerentes à tendente flexibilização (ou desregulamentação) das leis sociais².

Neste contexto, a Justiça do Trabalho, como palco das consequências de tais mudanças sociais, vê surgir conflitos em massa de determinadas categorias/atividades, como a dos teleoperadores, que comumente contam com a sub-rogação da contratação, bem como empresas que se especializam no fornecimento desta mão de obra específica (os chamados *outsourcings*, cujo aumento de funcionários se deu em proporções de mais de 300% nos últimos dez anos³). Conceitos genéricos e à margem da lei (que não consegue tudo prover e

1. Juíza do Trabalho Substituta do TRT/RJ.

2. Trata-se da chamada flexiseguridade, fenômeno atinente a estimular a maior mobilidade e modelos de empregos com maior flexibilidade, de modo a garantir maior competitividade entre os empreendimentos econômicos e maior circulação de recursos. Como uma das expressões do fenômeno, pode-se citar o chamado “Livro verde” europeu (o qual inspira diversas legislações como seguidoras), sob o conceito de que sua eficácia somente se aprimora segundo a sua capacidade de manter certos índices de ocupação e a sua capacidade de atuar na geração de empregos. Dita o referido documento que “la búsqueda de la flexibilidad en el mercado de trabajo ha conducido a un incremento de las distintas formas de contratos de empleo, que pueden diferir en gran medida del modelo clásico de contrato”. Sobre o tema, vide a obra de Antonio Baylos Grau e Joaquín Pérez Rey. “Sobre el Libro Verde: modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI” - Cuadernos de la Fundación Sindical de Estudios 5/2006.

3. Disponível em: <<http://www.ranking.callcenter.inf.br/resumo/>>. Acesso em 4 dez. 2010.

prever) deixam verdadeira *zona gris* que depende da interpretação e razoabilidade do operador do direito.

Em tal conceito se insere o dito trabalhador que exerce atividade referente ao teleatendimento, o qual, vivendo condições de trabalho semelhantes em sua exteriorização nas grandes empresas que se utilizam de tal atividade, faz repetir demandas, entre as quais, ora destaca-se, a questão do dano moral dentro de tais condições laborais.

2. A atividade interpretativa e o dano moral

Sabido é que a Carta Maior Brasileira conferiu status de direito constitucionalmente assegurado, como se infere dos incisos V e X do seu artigo 5º. Cabe, aqui, analisar a questão à luz da visão principiológica da Constituição.

Sendo o dano moral caracterizado pela dor física e psicológica injustamente provocada em uma pessoa humana, há que se notar que, segundo conceito consagrado na doutrina, corresponde à violação a direitos personalíssimos, à afronta à sua dignidade, envolvendo a apuração de sensações e emoções negativas tais como a angústia, o sofrimento, a dor e a humilhação, sem que estes se confundam com o mero dissabor ou aborrecimento que façam parte da “normalidade” do cotidiano⁴. Atingindo a dignidade humana como valor supremo que se encontra no topo da ordem jurídica – e do qual emanam os princípios denominados fundamentais do cidadão, sendo escopo das regras positivas e negativas (no sentido de coibir condutas do ente social) –, ao se ferirem os denominados “direitos da personalidade”, o dano moral acaba por se consubstanciar em quatro desdobramentos principiológicos, a saber: igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade. Destarte, o dano extrapatrimonial se consolidaria a partir do momento em que atingisse qualquer de tais desdobramentos.

O conceito, contudo, não é *numerus clausus*. Tanto assim que se desenvolvem doutrinas de especialização dos danos que se refletem fora da esfera do patrimônio, segundo o ambiente em que tomam corpo, as peculiaridades das relações jurídicas que envolvem e os efeitos decorrentes dessas especificidades, tal como ocorre com o dano moral atinente à relação de trabalho. Envolvendo relação em que a desigualdade dos sujeitos de direito é característica intrínseca, com hierarquia jurídica e estado de sujeição decorrente de poder diretivo e disciplinar do dono dos meios de produção, merece ser analisado com cuidadoso olhar.

Baseados em tais características, conceituam-se o assédio moral e o *mobbing* como expressos em comportamento vexatório/persecutório sistemático por parte da empresa ou dos seus representantes, que implicam na degradação das condições de trabalho e do ser humano que neste está inserido, tendo, por praxe, o objetivo de “forçar” a extinção da relação de trabalho ou sua modificação, alterando o status do obreiro por “terror psicológico” induzido por ação estrategicamente desenvolvida para tal fim⁵.

Assim é que, dada a construção (kantiana) originária do dano moral *lato sensu*, inerente à Carta Maior, que o enlevou de estirpe principiológica e intrinsecamente relacionado à dignidade da pessoa humana, conjugada tal construção primária à especificidade da relação trabalhista (também ligada à dignidade da pessoa humana por excelência, já que a manutenção do emprego traz ao indivíduo sensação de capacidade, dignidade e cidadania, permitindo-lhe participar do processo produtivo da sociedade, integrar a estrutura empresarial/de serviços de

4. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

5. GUEDES, Márcia Novaes. *Mobbing: violência psicológica no trabalho*. *Revista LTr*, 67-2/162/165

seu país, desenvolver-se como pessoa e profissional e prover recursos⁶), tem-se que o dano moral no direito do trabalho atinge inexoravelmente também a direitos sociais, denominados direitos fundamentais de terceira geração, em sua acepção clássica (na qual o indivíduo, ao contrário da abstenção do Estado ou de sua ativação na primeira e na segunda geração de direitos, tem participação ativa na esfera pública de decisões do Estado).

A relevância do tema e, por conseguinte, a premência de análise minuciosa e sensível por parte do operador do direito esbarram na realidade que se contrapõe à segurança jurídica que tal importância exigiria. O subjetivismo e o conceito aberto são inerentes ao tema, o qual, nada obstante a construção teórica cuidadosamente engendrada ao longo do tempo, acaba dependendo da verificação fática e casuística decorrente da instrução processual. A condução da dita instrução, aqui, e a atividade interpretativa, via de consequência, também ganham na matéria contornos de relevância ímpar.

Neste diapasão, desnecessário dizer o quão importante é a atenção do Estado-Juiz ao caráter teleológico, principiológico e sistemático da atividade interpretativa/integrativa, o que se deduz do próprio conceito e origem do dano moral, mormente nas relações de trabalho, conforme já exposto. Em primeiro lugar, há que se ter em mente a finalidade das normas jurídicas, visto que estas devem ser aplicadas “atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade. [...] procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito.”⁷. A observância dos princípios ligados fundamentalmente ao tema, aqui, assume tamanha importância que dota e direciona a liberdade do julgador quando da aplicação da norma abstrata envolvida no caso concreto. Neste pormenor, o constitucionalismo social (já mencionado quando da alusão da elevação ao caráter de direito fundamental propiciado pela Constituição ao dano moral) respalda o afastamento de determinado preceito positivado abstratamente aplicado ao caso concreto quando contrário ao princípio constitucional que envolve (e dá fundamento de validade) a matéria⁸.

Em foco a atividade de teleatendimento e os conflitos peculiares a tal modalidade funcional (que sequer possui conceito nítido de seus misteres), salienta-se a necessidade de uma interpretação sistemática, situando os preceitos e sua aplicação dentro do ordenamento e o dispositivo no qual estão inseridos, o que acaba por remeter aos princípios que lhes dão validade e ao escopo da norma. Trata-se da interpretação da *totalidade do direito*, segundo a qual “se compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados”⁹. Entende-se, contudo, que a interpretação sistemática necessária para a análise da ocorrência do dano moral e de sua reparação patrimonial não encerra a análise do ordenamento no qual a regra está inserida, mas também demanda a aplicação de conceitos inerentes a outras ciências, jurídicas ou não. Nada mais pertinente, enfim, em se tratando, primeiro, de um ramo do direito totalmente influenciado por fatores extrínsecos, como o direito do trabalho o é (e tal fato já foi aqui citado), e, segundo, de uma atividade de pouco regramento conceitual e com nuances

6. Citando Romagnoli, de forma indubitável “o trabalhador sem emprego não somente não tem, mas não é”. ROMAGNOLI, Umberto. Sobre el despido o la violencia del poder privado. In: *Revista de Derecho Social Latino América*. Buenos Aires: Editorial Bomarzo, n. 4-5, 2008.

7. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

8. Segundo Rui Portanova, o juiz deve ser a expressão da democracia, não havendo razão para enclausurar o julgador em cubículos formais de procedimento com pouca liberdade criativa. Ao contrário, este deverá afastar a lei injusta aplicando os princípios gerais, a dialética, a transdogmática e a Constituição. In: PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2003.

9. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

diversificadas de acordo com a política de cada empresa do ramo e sua forma de atuação no mercado – o que, por sua vez, também influencia diretamente a relação entre o obreiro e quem direciona os seus serviços.

Se o subjetivismo e o conceito “aberto”, aqui, demandam com mais razão premente interpretação e “intervenção” do operador do direito, quando da solução do conflito e aplicação da norma (em sentido amplo) inserta no comando legal, urge salientar que a atividade interpretativa supradimensionada encontra-se interligada em seus escopos e formas de exteriorização. Sobre o tema, Neil MacCormick sugere que, na interpretação, deve-se levar em conta os valores e princípios envolvidos em cada argumento que sustenta o tipo interpretativo:

Por trás da interpretação lingüística repousa um objetivo de preservar a clareza e a precisão da linguagem legislativa e um princípio de justiça que proíbe a reconstrução judicial retroativa das palavras escolhidas pelo legislador. Por trás da interpretação sistêmica repousa um princípio de racionalidade fundado no valor da coerência e da integridade de todo o sistema jurídico. Por trás da interpretação teleológico-avaliativa repousa o respeito por uma demanda de razão prática segundo a qual as atividades humanas precisam ser guiadas por algum senso de valor a ser realizado pela ação e por princípios que sejam observados neste senso de valor. Mas no caso deste último e mais fundamental nível de argumentação prática, o problema perene da situação humana consiste na divergência interpessoal sobre os valores e princípios que deveriam nos guiar¹⁰.

A atividade interpretativa, em virtude do conceito efêmero e subjetivo do próprio dano moral, acaba se espraiando para a seara processual, quando da valoração da prova, eis que se trata de instrumento probatório *indireto*, assim denominado por não ser possível se comprovar o efetivo constrangimento, sofrimento e abalo psíquico da dita vítima do dano/ assédio moral. Uma testemunha pode comprovar o fato ocorrido, mas a definição acerca do desdobramento de tal fato na esfera dos bens incorpóreos do trabalhador dependerá do livre convencimento do julgador, vez que não é possível dar caráter normativo, de forma *numerus clausus*, a todos os tipos e graus de sofrimento. Essa situação demanda, muitas das vezes, a utilização das máximas da experiência (art. 355 do CPC) e o senso comum, que fazem valer de forma recorrente o conceito de moral e ética – as quais nem sempre (e isto é ensinado desde os primeiros momentos na cadeira da graduação em direito) se encontram atreladas em toda a sua extensão ao direito como ciência positiva e conjunto de normas concretas. O mesmo problema vai ocorrer com a gradação da reparação civil em seu *quantum*, nos moldes do art. 944 do Código Civil¹¹.

Verificada a ocorrência do dano, a responsabilidade civil reparatória revestida de mesma carga subjetiva demanda a análise do ato do empregador através de seus prepostos, pelos quais se responsabiliza objetivamente (artigo 927, parágrafo único, do Código Civil), e, por óbvio, do nexa causal entre este ato e o dano constatado. Toda a conduta, insta salientar, acabará demonstrando excesso/abuso no uso do poder diretivo/disciplinar pelo empregador,

10. MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.185.

11. Sobre a matéria, uma das poucas normas a discorrer acerca de critérios objetivos para a aferição do quantum indenizatório era a Lei 5.250/67, em seu artigo 51 c/c artigo 53, ditando como tais critérios a intensidade do sofrimento, a gravidade do dano, a natureza do bem jurídico ofendido, a repercussão social do dano, a posição social, política e comunitária do ofendido e a posição sócio-econômica do ofensor.

em atividade, mais uma vez, que demanda essencialmente a análise casuística e seus desdobramentos.

A referida análise deve ter em mente, todavia, que é inerente ao dito poder e à subordinação entre as partes, como decorrência natural do vínculo empregatício, a desigualdade dos sujeitos da relação jurídica laboral. Os direitos sociais do trabalhador, por fundamentais, devem ser preservados, sendo permitidos os atos que gerem efeitos nas condições de trabalho, desde que não afetem tais direitos, de modo a coibir o seu exercício. Neste diapasão, os atos decorrentes do poder diretivo do empregador de cunho restritivo (e não obstativo) serão lícitos desde que observados dois requisitos, a saber: a correlação dos atos praticados com a atividade exercida pelo empregado e a observância da proporcionalidade entre a medida e o fim colimado, sendo executados sem exceder a exata medida necessária para a consecução de seus objetivos.

O poder diretivo do empregador, relevante citar, decorre segundo nominado na doutrina do direito de propriedade, sendo forma de garantir e protegê-la, ao qual se contrapõem os direitos da personalidade do empregado. Em verdade, não há, do ponto de vista estritamente jurídico (epistemológico), hierarquia entre os princípios, podendo se considerar tão somente a existência de princípios com diferentes níveis de concretização e densidade semântica. Há, no entanto, hierarquia axiológica (ou deontológica) entre as normas constitucionais, e não *antinomia*, vez que não se pode simplesmente afastar a aplicação de uma delas.

A ponderação de valores, aqui, surge para que se atinja a conclusão sobre o tema. A concordância prática, desenvolvida por Konrad Hesse, determina que, havendo colisão entre valores constitucionais (normas jurídicas de hierarquia constitucional), o que se deve buscar é a otimização entre os direitos e os valores em jogo, no estabelecimento de uma harmonização, que deve resultar numa ordenação proporcional dos direitos fundamentais e/ou valores fundamentais em colisão, ou seja, busca-se o “melhor equilíbrio possível entre os princípios colidentes”, com a aplicação simultânea e harmonizada das normas. Por conseguinte, este critério deve ser aplicado inicialmente, e, somente na sua impossibilidade, recorrer-se ao “peso e importância”.

Desenvolvido por Ronald Dworkin, determina o critério *dimension of weights* (peso e importância) que

os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles [...]. As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas, deve prevalecer uma em virtude de seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida¹².

Utilizando-se a concordância prática, há que se harmonizar o poder diretivo do empregador com a dignidade da pessoa humana, princípio último este que, na visão do sistema de freios e contrapesos, se sobrepõe àquele ligado à ordem pecuniária. Os bens imateriais, aqui, possuem valor intrínseco maior que os bens materiais a que o princípio da saúde da empresa visa a garantir. A visão, neste caso, deve ser a de que o poder diretivo não é meramente

12 apud ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1999.

um direito potestativo, mas um “direito função”, na medida em que, impondo condutas a alguém, o empregador também assume obrigações¹³, mormente pelo fato de que o direito de propriedade, por previsão constitucional, demanda a consecução de sua função social (artigo 5º, inciso XXII, da Constituição da República).

Mais uma vez, no presente estudo volta-se para a atividade do operador do direito, que deverá ter em mente todos os aspectos envolvidos quando do julgamento acerca da ilicitude do ato: o fato de que se trata de um direito do empregador, plenamente exercível, desde que somente venha a restringir de modo proporcional determinadas condições de trabalho, nunca afastando por completo, porém, os direitos fundamentais do empregado, que têm seu fundamento de validade na dignidade da pessoa humana como princípio precípua do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CRFB/88).

3. Aspectos práticos e casos recorrentes

Pertinente salientar, a especialização das funções e o surgimento de novos tipos e subtipos de contratação voltados a atender à necessidade do mercado de trabalho atual, dotado de flexibilidade e temporariedade, fizeram aumentar o índice de ações trabalhistas de matéria afeta a tais peculiaridades. Modo paralelo, o crescente aumento de ações visionando indenização por violação a bens incorpóreos, em todos os ramos da Justiça, unindo-se à especialização da função para trazer singulares e repetidos casos atinentes ao operador e teleatendimento. Dos mais recorrentes, pode-se citar o caso do assédio moral quanto ao cumprimento de metas, no caso do atendente que trabalha com vendas, e à limitação do uso do banheiro.

No primeiro caso, deve-se atrelar o conceito do próprio assédio moral, aqui já mencionado, à conduta reiterada, contumaz e cabal do empregador, capaz de não deixar dúvidas acerca do abuso de seu poder diretivo, tudo em virtude das peculiaridades das atividades envolvidas. Eis que toda função atrelada a metas está, em sua essência, ligada a um tipo de tensão natural que se mostra quando se conjuga objetivo a ser atingido e prazo para o seu cumprimento. Há que se dissociar, aqui, a pressão em que se coloca o indivíduo para atingir o objetivo de auferir maiores recursos, vez que atrelados estes à sua subsistência e à de sua família, daquela imposta pelo empregador através de ameaças de perda do emprego. Há que se dissociar a tensão derivada da obtenção de objetivos pessoais daquela advinda dos objetivos impostos pela empresa, os quais, caso abusivos, serão ilícitos. Como exemplo, poderia ser citada a imposição de metas *inatingíveis* ou que demandem necessariamente a perda/supressão de direitos sociais, como o direito à jornada de trabalho prevista no ordenamento (e.g., o trabalhador somente consegue atingir a meta caso exceda, de modo habitual e não razoável, a sua jornada de trabalho, trazendo riscos à sua higidez e saúde).

Por outro lado, não há necessidade de se perquirir e só considerar o dano caso a ameaça e a humilhação tenham sido exteriorizadas em palavras direcionadas somente àquele trabalhador que ingressa com a ação. O fato de participar/conviver em um ambiente onde as ameaças e o tratamento degradante sejam a praxe obviamente cria tensão que ultrapassa aquela criada pelo próprio indivíduo para atingir seus fins pessoais, gerando violação aos bens imateriais do empregado. Pode-se citar a prática habitual de exposição do trabalhador que não

13 BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

conseguiu atingir as metas através de humilhação perante os demais, com utilização de termos pejorativos e constrangimento por palavras ou atos, como, por exemplo, a indicação de *pior* empregado em reuniões, através de chacota ou xingamentos; a publicidade dada a *rankings* em que os trabalhadores são indicados por sua posição através de símbolos com o condão de ridicularizar a sua pessoa, ou mesmo palavras neste sentido. Frise-se, mais uma vez, que o importante, aqui, é dissociar a pressão inerente à própria profissão que conta com a colocação de metas (eis que a estipulação de metas, por si só, não se configura como ilícita ou abusiva) daquela imposta, de forma excedente, pelo empregador. Exemplificativamente, a existência de quadro que conta tão somente com o nome do empregado e o montante de vendas não importa em nenhum abuso do poder diretivo.

O outro caso citado como recorrente na Justiça Especializada é o pedido de indenização por danos morais decorrente de restrição ao uso do banheiro. Por se referir a aspectos da anatomia e do funcionamento do corpo humano atrelados à análise jurídica, com mais razão a questão deve ser analisada levando-se em conta os diversos aspectos (e visões científicas) que envolve. A fria análise da afirmação *restrição ao uso do banheiro*, dita em audiência, poderia levar a uma única conclusão cabível em todas as ações que envolvem a matéria.

Pertinente aqui também a noção de que o dano não está configurado somente quando o ato exteriorizado se direciona àquele que propôs a ação. Entende-se como direito social do trabalhador o direito de trabalhar em ambiente digno e harmonioso, que lhe proporcione condições dignas e o mínimo de equilíbrio psíquico-emocional para que consiga desempenhar suas atividades.

Em relação ao uso do banheiro, existem os casos em que o abuso do poder pelo empregador é nítido, com atos extremos de invasão da privacidade e intimidade do empregado – e.g., quando ele *vai buscar o trabalhador no banheiro* ou dá publicidade por meio de chacotas sobre o tempo que utilizou para fazer suas necessidades.

Outros casos, porém, demandam análise atenta do julgador. Quanto à *limitação do uso do banheiro*, quase sempre alegada, há que se perquirir se tal fato consubstancia efetiva *limitação* ou tão somente a *organização* do uso do banheiro. Neste ponto, mais uma vez, a interpretação deve levar em conta a razoabilidade e a equanimidade. As peculiaridades da função, voltadas para o consumidor (que também é hipossuficiente na relação de consumo em que está inserido, vale lembrar – art. 6º do CDC), não podem contar com a ausência maciça de atendentes, sob pena de violação de direito do consumidor¹⁴. Aqui, há dois aspectos que devem ser considerados. Inicialmente, se o empregador conta com número de empregados por turno que permita, na prática, não haver muita espera para se utilizar o banheiro. Afinal, o empregador tem a obrigação social de evitar as mazelas decorrentes da atividade que lhe proporciona lucro; vale dizer, corre o risco do empreendimento e deve velar pela higidez do trabalhador, sob pena de, pelo reboque do lucro, transferir tais riscos ao cidadão.

Por outro lado, e atrelada a esta questão, é importante verificar se o tempo médio de espera é razoável e compatível com o metabolismo humano, sob pena de violar a saúde,

14. Sobre a matéria, foi sancionada pelo então governador de São Paulo, José Serra, lei estadual nos seguintes termos: Lei 13.035, de 29 de maio de 2008.

Dispõe sobre os serviços telefônicos de atendimento ao cliente.

[...]

Artigo 1º - Os fornecedores de produtos e demais empresas, que se utilizam de serviços telefônico ou eletrônico de atendimento ao cliente, deverão informar ao usuário o tempo estimado de espera para o atendimento da respectiva ligação. [...] Publicado em: D.O.E. de 30/05/2008 - Seção I - p. 1.

direito fundamental e bem maior do cidadão, intrinsecamente ligado ao bem da vida. Deverão, neste pormenor, ser utilizados o senso comum e as máximas da experiência, vez que não há como estipular um tempo fixo da capacidade de espera de cada ser humano, pois, nada obstante a bexiga tenha capacidade média de 700ml a 800ml, a estimulação do sistema nervoso parassimpático determinará quanto o indivíduo pode suportar até necessitar utilizar o banheiro, o que é influenciado também por fatores externos, como quantidade de líquido ingerido e expelido pelo corpo¹⁵.

Certo é, todavia, que cada caso deve ser examinado segundo suas particularidades, dependendo, sempre, da prova do efetivo dano causado, ante a falta de elementos pré-fixados de aferição. A indicação de doença preexistente que impeça a espera mínima para ir ao banheiro deve ser analisada à luz das peculiaridades dos misteres para os quais o obreiro foi contratado (já que a existência de doença que impeça a concentração e a permanência em um mesmo lugar durante certo lapso temporal para viabilizar o atendimento impossibilitam o exercício da função), devendo analisar-se, ainda, se já era possível ao empregador, ao tempo da contratação, ter ciência da dita enfermidade, de modo a ter assumido a responsabilidade pela contratação do trabalhador em tais condições.

De qualquer forma, o ponto nodal para que se reconheça ou se afaste o abuso do poder potestativo do empregador frente a tal matéria será a definição sobre se há a mera organização e ordem para o uso do banheiro ou efetiva restrição exacerbada ou impedimento à sua utilização, caso último em que, somente então, cogitar-se-á do dano moral e do direito à indenização correspondente. Citam-se, aqui, entendimentos do C. TST acerca da matéria, em ambas as hipóteses, quando dos recentes julgamentos do RR 2800-70.2008.5.18.0012 e do AIRR 6471-36.2006.5.01.027, *in verbis*:

PROCESSO Nº TST-RR-28000-70.2008.5.18.0012 - 4ª Turma

[...] A prova oral evidenciou que realmente havia necessidade de autorização para os operadores deixarem seus postos de trabalho e irem ao banheiro. Porém, há de se levar em conta que, diante da natureza das atividades desenvolvidas pela reclamada, é, razoável que existam regras quanto aos afastamentos dos empregados, as quais, diga-se de passagem, não se restringiam as idas ao banheiro, referindo-se a quaisquer saídas eventuais.

Afinal, os postos de atendimento não poderiam ficar totalmente desguarnecidos, até porque os serviços prestados pela reclamada sofrem fiscalização direta da Anatel, agência governamental que regula, dentre outros aspectos, a qualidade do atendimento ao cliente.

De todo modo, enquanto a primeira testemunha ouvida disse que já presenciou a autora ser impedida de ir ao banheiro, mas que esta assim mesmo foi e o supervisor nenhuma providência tomou no sentido de puni-la, a segunda testemunha afirmou que jamais presenciou a reclamante sofrer restrições nesse sentido.

[...] a circunstância de ter de aguardar alguns instantes antes de ser liberada do seu posto de trabalho não constitui constrangimento capaz de gerar dano moral, o qual não provém *in abstracto*, da mera existência dessas normas, sendo imprescindível para a sua configuração que fique comprovada a efetiva ocorrência de ofensa a privacidade da autora. E isso não ocorreu no caso vertente.

15. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em: 8 dez. 2010.

Nesses termos, não tendo a reclamante se desincumbido do ônus de provar os fatos constitutivos do direito ao recebimento da indenização por dano moral, dá-se provimento ao recurso, para excluir da condenação a reparação deferida.
(Publicado no DEJT, em 25/11/10.)

PROCESSO Nº TST - AIRR-6740-31.2006.5.01.0027

A C Ó R D ã O

6ª Turma

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LIMITAÇÃO AO USO DO BANHEIRO - DANO MORAL - DESRESPEITO AO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. [...] Na hipótese, restou consignado pelo Regional que houve ofensa à dignidade da Reclamante, configurada na situação fática de restrição ao uso do banheiro, já que: a) era necessária uma autorização para o uso (que poderia demorar até uma hora); b) os empregados dispunham de somente cinco minutos para ir ao banheiro (se ultrapassado tal limite, sofreriam punições); c) a Reclamante trabalhava durante 7 horas diariamente, dispondo somente de cinco minutos para ir ao banheiro; d) ao justificar o uso do banheiro em tempo superior ao permitido pela empresa (5 minutos), a obreira expôs sua intimidade a terceiros, contra a sua vontade. A empregadora, ao adotar um sistema de fiscalização que engloba inclusive a ida e controle temporal dos empregados ao banheiro, ultrapassa os limites de atuação do seu poder diretivo para atingir a liberdade do trabalhador de satisfazer suas necessidades fisiológicas, afrontando normas de proteção à saúde e impondo-lhe uma situação degradante e vexatória. Essa política de disciplina interna revela uma opressão despropositada, autorizando a condenação no pagamento de indenização por danos morais. Ora, a higidez física, mental e emocional do ser humano são bens fundamentais de sua vida privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nessa medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição Federal (artigo 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Carta Magna, que se agrega à genérica anterior (artigo 7º, XXVIII, da CF). **Agravo de instrumento desprovido.**
(Publicado no DEJT, em 25/11/10.)

4. Conclusão

As constantes mutações das relações sociais, permeadas por aspectos históricos, políticos e sociais, acabam por influenciar a ciência jurídica, a qual, de forma dual, dita as regras aos vínculos sociais e, ao mesmo tempo, tem este regramento ditado pela evolução e constante mutação da dinâmica que permeia tais relações. O aumento da diversidade dos vínculos formados entre os atores sociais, contudo, nem sempre consegue ser acompanhado pelo sistema jurídico positivo, o que releva sobremaneira a atividade do operador do direito. Este acaba funcionando como “árbitro” que procura coadunar o papel transformador da aplicação crítica do direito com a visão mantenedora dos direitos de “essência” e os princípios que velam pelos escopos mais sublimes da ciência jurídica.

Dentre as especializações citadas e o surgimento de novas relações sociais, destaca-se a atividade de teleatendimento, caracterizada hodiernamente pela terceirização e

subcontratação. Por situada em área para a qual não há conceito jurídico bem definido, ela desafia a atividade interpretativa do juiz, a qual, para seu sucesso, tem por essencial a condução do processo segundo direcionamento principiológico e sistemático.

No caso do dano moral inerente à citada atividade, além da efetiva comprovação do dano, aferida casuística e cuidadosamente pelo intérprete da lei, deve restar consubstanciado o abuso no poder diretivo do empregador, capaz de ensejar o reconhecimento de sua culpa e o nexo causal para com o dano. Para tanto, deverá ser verificado se há correlação dos atos praticados com a atividade exercida pelo empregado, e se é observada a proporcionalidade entre a medida e o fim colimado, sob pena de se consubstanciar o abuso de poder e, assim, o ato ilícito capaz de ensejar reparação civil.

Nas hipóteses mais comuns em pleitos de indenização por danos morais na função em foco (nos quais as causas de pedir correspondem à cobrança de metas ou alegação de limitação ao uso do banheiro), as nuances do caso ditarão o enquadramento ou não ao dano reparável em virtude de violação a bem imaterial. Em ambos os casos, deverá restar evidente o efetivo constrangimento, que não se confunde com a pressão inerente à função que conta com a estipulação de metas, nem com atos de organização em que não há impedimento efetivo ao uso do banheiro ou submissão do obreiro à situação degradante.

Verifica-se, em suma, que as mudanças sociais funcionam como estímulo ao ativismo *supralegislativo*, calcado na postura crítica, na discussão social, na aplicação e interpretação da lei voltadas para as necessidades e anseios da atualidade. A postura do juiz do trabalho ganha extrema relevância neste contexto, utilizando a visão sistemática do direito, a fim de aplicar ao ramo trabalhista preceitos afetos diretamente aos princípios mais relevantes que visa a garantir.

Registram-se, por fim, para sintetizar o raciocínio ora exposto, os dizeres de Luis Roberto Barroso, no sentido de que

o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça¹⁶.

Referência bibliográfica

BAYLOS, Antonio; REY, Joaquin Pérez. Sobre el Libro Verde: modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI - *Cuadernos de la Fundación Sindical de Estudios* 5/2006.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

16. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1999.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUEDES, Márcia Novaes. Mobbing: violência psicológica no trabalho. *Revista LTr*, 67-2/162/165.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.185.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ROMAGNOLI, Umberto. Sobre el despido o la violencia del poder privado. *Revista de Derecho Social Latino América*. Buenos Aires: Editorial Bomarzo, n. 4-5, 2008.

Os descaminhos do assédio moral nas atividades de *telemarketing*

Daltro Alberto Jaña Marques de Oliveira¹

1. Introdução

O assédio moral é um fenômeno que, embora não seja recente, prolifera-se nos dias atuais com rapidez ímpar, e não apenas nas relações de trabalho. Com a mesma velocidade e força nas atividades comerciais, a utilização dos serviços de *telemarketing* ou teleatendimento, consequência de um mundo cada vez mais globalizado, que exige, ao mesmo tempo, maior agilidade e conforto nas relações interpessoais, traduzidos neste caso na possibilidade de se realizarem transações comerciais inteiras com apenas uma ligação. E dadas as características inerentes a cada um, o primeiro encontrará no segundo campo fértil para o seu desenvolvimento.

É com base nessas premissas iniciais que desenvolveremos o presente estudo. Ao longo do texto analisaremos alguns dos elementos essenciais do assédio moral, bem como das atividades de *telemarketing*, para que, posteriormente, tracemos um paralelo entre os dois, com vistas a entender a crescente e perigosa aproximação de ambos.

O tom é crítico. Na atual quadra do direito, com a consolidação dos valores constitucionais como norte de todo o ordenamento jurídico e como vetores de um Estado Democrático – premissas que, por óbvio, se irradiam, também, sobre as questões trabalhistas –, é lamentável e preocupante constatar que o assédio moral se torna cada vez mais comum nas relações empregatícias, sobretudo por tratar-se de prática que viola princípios e garantias basilares assegurados a todo indivíduo e protegidos constitucionalmente.

Assim sendo, o nosso intuito, nas próximas linhas, será explicar e buscar as raízes desse mal que avança perigosamente, e como se forma a sua relação com os serviços de *telemarketing*.

2. Definições e conceitos sobre o assédio moral

O desembargador José Geraldo da Fonseca afirma que o assédio moral pode assumir diversos significados: *mobbing*, *bullying*, *bossing* etc. O *mobbing* – do verbo inglês *to mob* (atacar, maltratar, assediar) – é a prática que, embora não circunscrita apenas às relações trabalhistas, melhor caracteriza o assédio moral nesse âmbito. Assim define o autor:

No *mobbing*, o sequestro psíquico rouba à vítima a sua escritura de pessoa, o seu estatuto original. O objetivo do agressor é aniquilar a vítima para expulsá-la do caminho. [...] O *mobbing* não tem como causa primária um conflito isolado com um colega de trabalho, o estresse da competitividade predatória, no fato de se ter tido um dia adverso, no sofrimento íntimo que deflui do preciosismo das chefias ou na exigência de que certas tarefas, dada a sua complexidade ou volume sejam cumpridas

1. Servidor do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, lotado na Seção de Precatórios – Seprec, especialista em Direito do Estado pela UERJ e pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pela UCAM.

em tempo exíguo. A vitimologia da *mobbing*, mostra um quadro de falência de valores e de desprezo pela individualidade, ou pela diferença, onde predominam o terror psicológico, a perseguição sistemática, a segregação compulsória e coisificação da pessoa².

De acordo com essa definição, podemos listar cinco elementos principais que caracterizam o assédio moral: repetição sistemática, intencionalidade, direcionalidade (quando uma pessoa do grupo, apenas, é o alvo das humilhações), temporalidade e degradação deliberada das condições de trabalho³. Dentre eles, cumpre destacar o fator temporalidade. Com efeito, o assédio moral não se resume a uma prática isolada, de um evento só. A ofensa, praticada uma única vez ou esporadicamente, caracteriza hipótese de dano moral, mas não de assédio.

Nesse diapasão, cumpre lembrar, à luz do que ensina o desembargador Alexandre Agra Belmonte, que o dano moral é toda ofensa perpetrada em face da vítima, causando-lhe profunda dor na alma, estado de humilhação, vergonha, medo etc., e não o simples estresse ou aborrecimento cotidiano. E o dano moral trabalhista, assim como o assédio, deve advir de ofensas ao agredido enquanto empregado; ou seja, a agressão deve estar relacionada ao contrato e à relação de trabalho existente entre vítima e agressor, destoando dessa natureza quando a ofensa, embora grave, não tenha fundamento numa relação trabalhista⁴.

Com efeito, a psicóloga Ana Paula Parreira, em artigo publicado no Boletim Anamatra, em julho de 2007, afirma que “o assédio moral não é um ataque súbito, isolado e evidente. É um lento e premeditado seqüestro da alma [...] repetidas vezes, no qual a vítima fica assustada e com medo, sem saber de que a acusam e sem encontrar uma saída”⁵.

Ou seja, o assédio moral desenvolve-se gradativa e cotidianamente, através de agressões sucessivas causadas à vítima por uma ou mais pessoas, pelo superior hierárquico ou pelos colegas de trabalho, sendo ele, nestes casos, vertical ou horizontal, respectivamente. E os exemplos são os mais variados e cruéis: vão desde ofensas gratuitas e “broncas” vexatórias do empregador sobre a vítima, na frente dos demais empregados, até o conluio, veja-se, dos próprios funcionários, que, conjuntamente, passam a humilhar o agredido, difamando-o, isolando-o do convívio profissional – atitude comumente motivada por inveja, recalque pela sua ascensão profissional. O intuito, contudo, em todos os casos é o mesmo: humilhar a vítima, atacá-la, forçá-la a pedir demissão ou rever certa postura que esteja incomodando, constrangimento que, normalmente, leva o agredido a adoecer, física e/ou psicologicamente.

Outrossim, uma ressalva se faz importante: devemos atentar para o fato de que é comum a confusão entre assédio moral e estresse profissional. Com efeito, muitas pessoas se dizem vítimas de assédio quando na verdade não o são. É por esse motivo que Marie-France Hirigoyen, psiquiatra francesa e uma das maiores especialistas no tema, concluiu, após longo

2. FONSECA, José Geraldo da. *O assédio moral nas relações de trabalho*. Monografia apresentada em 2008 à Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho (Ematra) no Estado do Rio de Janeiro, para o Concurso de Ensino Jurídico sobre Direito do Trabalho – Prêmio Délio Maranhão, p. 10. Cumpre ressaltar entendimento do autor, no sentido de que não é em qualquer relação de trabalho que o *mobbing* se manifesta, mas, quase que exclusivamente, nas de emprego.

3. Disponível em: <<http://www.assediomoral.org>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

4. BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos morais no direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 148.

5. Artigo disponibilizado aos alunos da pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho da UCAM, pela professora e juíza substituta do trabalho Cláudia Márcia, em 10/4/2010.

estudo em que entrevistou diversas pessoas que se diziam vítimas de *mobbing*, que boa parte dos relatos não trazia em si casos de assédio moral. Justamente, percebeu uma confusão entre situações de mero estresse profissional e outras nas quais, efetivamente, houve assédio moral⁶. De fato são eventos distintos.

Muito embora a linha que os divide seja tênue, podemos distingui-los por um elemento crucial: a intenção maldosa. Neste diapasão, no estresse profissional não há intenção de prejudicar o empregado, sendo resultado de fatores como competitividade acirrada e necessidade de cumprimento de metas e prazos num exíguo espaço de tempo, por exemplo. Já no assédio moral o desejo deliberado de prejudicar e humilhar é o ponto nodal do vício, é o substrato que lhe dá sustentação. Portanto, as implicações de um ambiente de trabalho estressante, por si só, não configuram assédio moral. É necessária a confluência, indissociável, dos elementos citados linhas acima, sobretudo a habitualidade e a intenção maldosa.

2. A atividade de *telemarketing*

O *telemarketing*, conceitualmente falando, é a transmissão de ideias, informações e habilidades. É o ato de emitir, receber e transmitir mensagens através da linguagem escrita, falada e de sinais, bem como por meio de aparelhamento técnico especializado, sonoro e/ou visual. A terminologia foi cunhada por Nadji Tehrani em 1982 e designa a promoção de vendas e serviços pelo telefone. Este conceito inicial expandiu-se ao longo do tempo, levando o serviço a abranger outros mecanismos, como a telecobrança, o atendimento ao consumidor e o suporte técnico⁷.

O teleatendimento funciona como um importante canal de comunicação entre a empresa e o mercado, na medida em que reduz os custos de comercialização, diversificando sua atuação para novos clientes e novas praças. O serviço é hoje realizado em grandes centros chamados de *call centers* (centrais de atendimento), através do SAC (Serviço de Atendimento ao Cliente).

As empresas enumeram diversos fatores que levam o *telemarketing* a ser considerado um serviço vantajoso, e entre eles se destacam cobertura, comodidade, custo, velocidade e, por fim, otimização.

Dentre as modalidades, o teleatendimento pode ser receptivo (*in bound*) ou ativo (*out bound*). No primeiro, os operadores recebem as chamadas dos clientes, quando estes buscam alguma informação ou pretendem realizar alguma compra. Já no segundo caso, são os operadores que ligam para os clientes, ou potenciais clientes da empresa. No presente modelo, o melhor momento de abordagem é escolhido pelo operador, que ou promove diretamente a oferta do produto ou serviço ou, inicialmente, aborda o cliente apenas para promover aquilo que a empresa quer lhe oferecer; não obstante, a proposta de venda pode vir na mesma ligação, após realizada a propaganda.

Muito embora o teleatendimento seja hoje uma das principais ferramentas utilizadas pelas empresas para captar clientes e expandir os negócios, mormente em virtude da otimização de tempo e da redução de custos, o trabalho do operador de *telemarketing* é dos mais desgastantes e de baixa remuneração. Os operadores utilizam como instrumentos de

6. HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, p. 19.

7. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Telemarketing>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

trabalho computadores, telefones e *headsets*, permanecem sentados por longos períodos e somente podem deixar suas mesas, em regra, por um curto espaço de tempo, em períodos pré-determinados do dia e sempre rapidamente e sob rigorosa e constante vigilância⁸.

Seu horário de trabalho pode ser integral ou parcial, diurno ou noturno, nos finais de semana ou em turnos rotativos (a legislação prevê jornadas diárias de trabalho de, no máximo, seis horas); o período reservado para alimentação e repouso é oficiosamente controlado, não podendo haver atrasos sequer de um minuto. Estão submetidos a um regime extremado de cumprimento de metas, que, sob a pecha da produtividade e do lucro, exige do operador trabalhar sob constante pressão, reduzindo ainda mais os exíguos momentos de descanso e de atendimento das suas necessidades mais básicas, como alimentação e higiene. E neste regime, normalmente, o não cumprimento das metas significa punição severa e advertência pública.

Nada obstante, o serviço de *telemarketing* tem sido uma das principais portas encontradas pelos jovens para entrar no mercado de trabalho. Muitas vezes é o seu primeiro emprego, servindo o salário, em regra, ainda que baixo, para ajudar nas despesas de casa ou para pagar os estudos ainda por terminar.

Diante de todos estes fatores, fica claro o quão estressante pode ser o ambiente de trabalho nos *call centers*. Conforme vimos, os operadores trabalham sob constante pressão, correndo contra o tempo e sob a ameaça premente do não cumprimento da meta estipulada. Ressalte-se, sobretudo, dentro deste contexto, o exíguo e controlado tempo reservado a repouso, alimentação e higiene, controle este muitas vezes levado às raias do absurdo e fonte de situações extremamente vexatórias. Diante desta miscelânea de fatores adversos, não causa espécie a constatação de que o teleatendimento é terreno fértil para a difusão do assédio moral. As condições de trabalho ali encontradas incentivam tal prática, sendo o assédio tomado como ferramenta de isolamento daquela “célula” improdutiva ou indesejada, com vistas à sua posterior exclusão e substituição.

3. Telemarketing x assédio moral

Após algumas notas introdutórias sobre conceitos e definições a respeito do assédio moral, de como e com que rapidez esta prática vem se desenvolvendo, e depois de jogar luzes sobre a mecânica dos serviços de *telemarketing*, com o fito de compreendermos a metodologia da atividade, o ambiente de trabalho onde é exercida – os chamados *call centers* –, bem como as condições de labor dos chamados “operadores de *telemarketing*”, chegamos ao presente tópico com o objetivo de esclarecer a ligação que há entre eles, apontando de que maneiras o assédio se manifesta no dia a dia desta atividade.

O clima de constante estresse, desgaste e pressão ao qual estão submetidos os trabalhadores do ramo, somado ao rigor do controle de horário perpetrado pelos seus superiores hierárquicos, é um dos fatores principais que contribuem para o desenvolvimento do assédio moral nesta seara, na medida em que a prática se torna uma das formas mais eficazes de eliminar os funcionários que rendem abaixo do esperado e que interferem, por conseguinte, negativamente no faturamento.

8. Disponível em: <<http://www.institutodenver.com.br/profissao-operador-telemarketing.html>>. Acesso em: 23 nov. 2010.

Pois bem. São vários os exemplos de como o assédio moral manifesta-se nos *call centers*. Para ilustrar, podemos citar os casos de *e-mails* enviados a todos os funcionários, às vezes diariamente, com a lista dos operadores que não estão cumprindo suas metas, expondo-os ao ridículo, ao invés de ajudá-los a superar aquele problema. Há também as advertências grosseiras realizadas pelos supervisores na frente de todo o grupo, as “broncas”, com direito, às vezes, a gritos e xingamentos, com vistas a não apenas humilhar o funcionário, mas também incutir, nele e nos demais, temor hierárquico. Ademais, sob a distorcida perspectiva de uma punição “divertida”, por assim dizer, não raro os operadores que estão rendendo abaixo do esperado têm de trabalhar, quiçá um dia inteiro, fantasiados, servindo a punição como castigo para eles e ameaça aos outros, fixando a ideia de que todos que não renderem como devem estarão sujeitos àquela humilhação. E os exemplos não param por aí.

Contudo, talvez a pior de todas as manifestações de assédio seja o rigoroso controle de horários. Ora, obviamente, responsabilidade e comprometimento com o trabalho são obrigações básicas de todo e qualquer trabalhador. Com efeito, durante a jornada laboral, cumpre ao empregado otimizar ao máximo seu serviço, dedicando-se exclusivamente ao trabalho, sobretudo evitando dispersões. Todavia, é direito de todo ser humano, e é direito constitucional do trabalhador, ter durante a jornada um horário mínimo para repouso, alimentação e higiene. Ocorre que nos serviços de *telemarketing* há um controle excessivamente rigoroso sobre esses intervalos.

De fato, avultam relatos de que, por exemplo, a ida ao banheiro nos *call centers* é regulada. Em regra o trabalhador tem de pedir autorização para deixar seu posto e atender às suas necessidades fisiológicas, tendo o supervisor o poder de negar-lhe permissão. Outrossim, quando autoriza, comumente estipula um prazo máximo de ausência – exíguo, às vezes não mais do que cinco minutos, sem levar em consideração as necessidades do empregado. Portanto, cada segundo é contado, e, caso o funcionário extrapole o limite, é repreendido, não raro na frente dos colegas, e, em certos casos, acaba tendo seu direito de ir ao banheiro limitado ainda mais.

Ora, na atual quadra do direito, é inconcebível o desenvolvimento de uma prática tão escabrosa quanto o assédio moral e com a intensidade do que foi relatado acima. Afinal, vivemos um momento de afirmação constitucional, em que os princípios e garantias fundamentais cada vez mais ganham destaque no ordenamento jurídico, norteando a vida em sociedade no sentido da obrigatoriedade da sua observância e da punição daqueles que os violam. Vivemos a era do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, da força normativa da Constituição e da normatividade dos princípios e garantias constitucionais.

Cada ato de assédio moral afronta diversos direitos e garantias constitucionais – como o direito à liberdade, à intimidade, à honra e à imagem, entre outros insculpidos no art. 5º da Constituição de 1988. Na mesma pegada, viola também os previstos no art. 7º, direitos constitucionais trabalhistas, e, mais importante, atenta contra a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, fundamentos da República Brasileira, preconizados no art. 1º da Constituição de 1988.

Felizmente, podemos dizer que o “contra-ataque” já começou. Na jurisprudência e na doutrina encontramos manifestações de repúdio ao assédio moral. O debate a respeito do tema se alarga e mais e mais pululam denúncias e decisões judiciais contra a odiosa prática, de modo que, hoje, o combate ao assédio moral ganha força e notoriedade. Sendo certo que ainda há muito a fazer e que, em certos casos, ainda é difícil para a vítima comprovar o assédio

ou provar que não se trata de mero estresse profissional, por outro lado a jurisprudência se mostra cada vez mais incisiva no ataque a tais atitudes danosas. Destarte, cresce o número de decisões favoráveis às vítimas de assédio moral, com significativas punições aos agressores. Neste sentido, vejamos os seguintes julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT/RJ):

DANO MORAL. DIVULGAÇÃO VEXATÓRIA DAS AVALIAÇÕES. UTILIZAÇÃO DO BANHEIRO. A divulgação no ambiente de trabalho das avaliações, de forma individual e nominal, com a utilização de símbolos, **consiste em abuso do poder diretivo e constrangimento dos empregados, submetendo-os à situação vexatória que expõe a imagem profissional**, ainda mais se os critérios de avaliação incluem a limitação do uso do banheiro durante a jornada de trabalho. Recurso da reclamada a que se nega provimento; recurso da reclamante a que se dá parcial provimento. (grifo nosso) (RO nº 0187100-15.2008.5.01.0245. Des. Rel. Marcos Palácio. 1ª Turma. DOERJ 12/11/2010).

DANO MORAL. COBRANÇA DE METAS. INDENIZAÇÃO. ASSÉDIO MORAL. Da análise da prova oral restou evidenciada, *in casu*, a prática de abuso por parte dos gerentes da loja, expondo o Autor a condição vexatória de ver-se identificado como vendedor de baixo rendimento, e ainda, levando a condição de incerteza e instabilidade diante de ver que “sua batata estava assando”. Assim, observa-se que **a atitude se repetiu de forma ostensiva e contínua, sendo perpetrada pelos superiores hierárquicos do obreiro, capaz de causar-lhe dano à integridade física ou psíquica no ambiente de trabalho a configurar o assédio moral.** (Grifamos) (RO nº 0158300-34.2009.5.01.0053. Rel. Juiz Convocado Rogério Lucas Martins. 9ª Turma. DOERJ 28/10/2010)⁹.

Não é apenas no tribunal fluminense que o assédio moral tem sido combatido. Também assim caminha a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT/MG):

ASSÉDIO MORAL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. Segundo a psicanalista francesa, Marie-France Hirigoyen, no seu livro “Assédio Moral”, publicado pela editora Bertrand, o assédio dessa natureza “define-se como toda conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando o seu emprego ou degradando o clima de trabalho”. E quanto aos meios empregados, esclarece a Juíza Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schimidt, no seu artigo “O Assédio Moral no Direito do Trabalho”, que “o empregado que sofre assédio é objeto de condutas abusivas, manifestadas por comportamentos, palavras, atos, gestos ou escritos repetidos, os quais podem agredir sua personalidade, sua dignidade ou sua integridade física ou moral, degradando o clima social...” (Revista da Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica, n. 2, Novembro de 2003, págs. 115/116). **No caso dos autos, é indubitável que o reclamante foi vítima de assédio moral, caracterizado pela**

9. Veja-se, ainda, no sítio do tribunal na internet, tamanha a importância que o tema ganha no Judiciário, notícia veiculada na sua página inicial em 1º/12/2010, a partir de recente decisão do TST, cujo título é Danos Morais para empresa que limitou tempo de uso do banheiro. Disponível em <<http://www.trt1.js.br>>.

submissão, no ambiente de trabalho, a pressão visando a sua demissão, requisitos estes suficientes para a configuração do direito à reparação moral pretendida.

(RO nº 01021-2005-104-03-00-2. Des. Rel. Lucilde D´Ajuda Lyra de Almeida. 3ª Turma. D.O. 25/03/2006, grifo nosso).

ASSÉDIO MORAL. COBRANÇA DE CUMPRIMENTO DE METAS COM XINGAMENTO E AMEAÇAS. DANO MORAL CARACTERIZADO. A cobrança de metas faz parte do dia a dia de qualquer empresa como natural pressão decorrente do mercado de trabalho cada vez mais competitivo. **Porém, quando feita pelo empregador, de forma abusiva, com intimidações e xingamento, em reuniões, na presença de outros empregados, configura-se a conduta abusiva atingindo a dignidade e a integridade psíquica do empregado.** Reparação devida a título de dano moral.

(RO nº 0139800-96.2009.5.03.0138. Des. Rel. Deoclécia Amorelli Dias. 10ª Turma. D.O. 13/07/2010, grifo nosso).

E até mesmo o Colendo Tribunal Superior do Trabalho já se manifestou sobre o tema:

RECURSO DE REVISTA. ASSÉDIO MORAL. EMPREGADOR QUE AFASTA EMPREGADO DA DINÂMICA DO TRABALHO. MARGINALIZAÇÃO APÓS RETORNO DE CIRURGIA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. É possível identificar o chamado assédio moral, nas relações de trabalho, em condutas abusivas, passíveis de ocasionar dano à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica do trabalhador, normalmente relacionadas a humilhações, constrangimentos, rejeição, isolamento, situações vexatórias ou discriminatórias, quase sempre com reflexos na saúde física e/ou mental do assediado. **O assédio moral é fruto de um conjunto de fatores, tais como a globalização econômica predatória, vislumbradora somente da produção e do lucro, e a atual organização de trabalho, marcada pela competição agressiva e pela opressão dos trabalhadores através do medo e da ameaça** - (FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. *Assédio Moral nas Relações de Trabalho*, Campinas: Ed. Russel, 2004, p. 37). Mantido pela Corte regional o reconhecimento da rescisão indireta, pela conduta adotada pelo reclamado, após o retorno do reclamante de cirurgia cardiovascular, sonogando-lhe trabalho, e colocando outro empregado na função para a qual contratado - coordenador acadêmico-, de modo a deixá-lo à margem da dinâmica laboral, privado do convívio dos colegas e da dignidade que provem do labor, **tem-se por evidenciada conduta do empregador ofensiva aos direitos da personalidade - direito à imagem, à boa fama, à honra, à reputação, ao livre exercício do trabalho -, delineadora de dano moral, passível de compensação pecuniária.** Revista conhecida e provida, no tema. **RESCISÃO INDIRETA. MULTA DO ART. 467 DA CLT.**

(RR nº 34000-76.2004.5.17.0005. Min. Rel. Rosa Maria Weber. 4ª Turma. D.O. 26/11/2010, grifo nosso).

4. Conclusão

Chegamos ao final do nosso estudo sem a pretensão, todavia, de ter exaurido o tema, tão cheio de nuances e particularidades. Entretanto, acreditamos ter alcançado nosso objetivo, de denunciar e criticar a prática odiosa de assédio moral, que cresce perigosamente nas atividades de *telemarketing*. Neste diapasão, entendemos que, antes de a questão chegar ao Judiciário, a solução do problema deve ser, prioritariamente, a prevenção.

Com efeito, o assédio moral é um mal em si mesmo, pois a habitualidade das ofensas, antes mesmo de considerarmos a extensão do dano, basta para considerá-lo ilegal e imoral. Portanto, somente indenizar a vítima não é suficiente. É necessário, em primeiro lugar, fiscalizar e denunciar a prática no seu nascedouro, coibindo-a antes que se alastre. No cumprimento deste desiderato, a atuação do Ministério Público do Trabalho e dos auditores do trabalho é de suma importância, na medida em que ambos detêm o poder investigativo e inquisitório necessário para agir sobre as atividades consideradas focos de assédio moral ou campos propícios para semear a prática.

No entanto, além do trabalho dos órgãos fiscalizatórios, também importante é o agir do próprio ofendido. É seu dever identificar, nas atitudes do superior hierárquico ou mesmo dos colegas, indícios de assédio e cortar o mal pela raiz. Cumpre-lhe, destarte, denunciar as agressões sofridas, recorrendo às vias administrativas ou judiciais. Tal postura evita que as ofensas e ataques sofridos fiquem impunes, além de possuir o caráter social e pedagógico intrínseco às condenações por assédio e dano moral.

Enfim, como todo mal que se alastra sem tomar conhecimento de limites territoriais ou geográficos, o assédio moral demanda ação conjunta, orquestrada e ampla, com vistas à sua dissipação. Assim, que se denuncie o assédio moral. Que sejam eliminados, definitivamente, estes arroubos de intolerância e menoscabo. Que o Judiciário puna com rigor os agressores desumanos, que tiram a humanidade de suas vítimas. Que haja força para que essas vítimas superem as dores físicas e psicológicas causadas por essa patologia. Que a esperança vença o medo; que se levantem e sigam em frente; e que não tenham medo de dizer “chega!”.

A força vinculante das Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego (NRs do MTE) e o Anexo II da NR-17

José Affonso Dallegrave Neto¹

A CLT contém disposições expressas no sentido de que o MTE (Ministério do Trabalho e Emprego) detém competência para estabelecer normas pertinentes à prevenção de doenças e acidentes do trabalho. São elas:

Art. 155. Incumbe ao órgão de âmbito nacional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho:

I - estabelecer, nos limites de sua competência, normas sobre a aplicação dos preceitos deste Capítulo, especialmente os referidos no art. 200

Art. 200. Cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares às normas de que trata este Capítulo, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho, especialmente sobre:

I- medidas de prevenção de acidentes e os equipamentos de proteção individual em obras de construção, demolição ou reparos; [...]

Não se ignore que tais dispositivos mantêm fina sintonia com o artigo 7º, XXII, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; [...]

Nessa esteira axiológica, não resta dúvidas de que a Carta Constitucional de 1988 recepcionou a Portaria nº 3.214/78 do MTE (Ministério do Trabalho e Emprego) e suas inúmeras Normas Regulamentares (NRs). Ao julgador cabe efetivar estas regras de prevenção, seja com vista a contribuir para a redução dos altos índices de acidentes e doenças do trabalho, seja para prestigiar a interpretação sistêmica, conforme a Constituição Federal.

Não se duvide da força normativa dessas NRs pelo simples fato de elas serem Portarias do MTE e, portanto, meros atos regulamentares do Poder Executivo. De uma adequada interpretação do sistema jurídico, verifica-se que tanto a lei (art. 200 da CLT) quanto a

1. Advogado, mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); professor da Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho do Paraná (Ematra IX), da Pontifícia Universidade Católica (PUCPR) e do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba); e membro da Associação Luso-brasileira de Juristas do Trabalho (Jutra) e da Academia Nacional de Direito do Trabalho (ANDT).

Constituição Federal (art. 7º, XXII) inspiram, referendam e impulsionam as aludidas NRs, conferindo-lhes indubitável e autêntica normatividade.

Exemplo de sua plena aplicabilidade ocorre nos enquadramentos dos pedidos de insalubridade e de periculosidade nos termos da NR-15 e NR-16, respectivamente. Ora, durante décadas a Justiça do Trabalho vem aplicando com acerto as Normas Regulamentadoras e nunca ninguém obteve êxito na alegação de “ilegalidade” ou “ausência de força normativa”.

O próprio STF já pacificou este entendimento ao editar a Súmula nº 194: “é competente o MTE para especificações das atividades insalubres”.

Nesse mesmo diapasão, o tema ganha destaque na caracterização da chamada “culpa acidentária”, a qual resta configurada cada vez que o empregador descumpra uma das disposições da infortunística, incluindo-se as Normas Regulamentares do MTE:

Indenização por dano acidentário. Culpa. Configuração. A Constituição assegura aos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho por normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, XXII). *As Normas Regulamentares traçam as medidas mínimas de proteção individuais e coletivas que devem ser observadas pelo empregador* para, quando menos, atenuar os riscos aos quais se expõem para que se atinjam os fins colimados pela empresa. Sendo assim, se as normas são descumpridas, revela-se a culpa em potencial que se qualifica quando o dano físico é revelado, como no caso presente. De tal modo, por força da regra do artigo 159 do Código Civil, deve o empregador reparar o dano sofrido pelo empregado, ao qual culposamente deu causa. (TRT - 2ª Reg. - 20010153017/01 - 8ª T. - Ac. 20020279960 - Rev. Maria Luíza Freitas - DJSP 14/05/02).

O art. 154 da CLT preceitua que a observância das disposições sobre medicina e segurança do trabalho, previstas na Consolidação, “não desobriga as empresas do cumprimento de *outras disposições*” relativas à matéria. Como se vê, a sua abrangência é ampla e atinge qualquer tipo de norma cujo conteúdo verse sobre segurança e saúde. Logo, cabe ao empregador obedecer toda e qualquer norma a respeito, seja ela prevista em lei, tratados internacionais, instrumento normativo da categoria ou portarias ministeriais.

Em alguns casos, a Norma Regulamentadora constitui fundamento legal até mesmo para deferir pedido de horas extras e intervalos especiais, conforme se infere da aplicação da NR-17, que ao tratar da ergonomia instituiu importante obrigação ao empregador quanto à redução dos riscos ocupacionais, como aqueles inerentes ao processamento eletrônico de dados (digitação), disposta na alínea “c” de seu item “17.6.4.”.

17.6.4. Nas atividades de processamento eletrônico de dados deve-se, salvo o disposto em convenções e acordos coletivos de trabalho, observar o seguinte: [...] c) *O tempo efetivo de trabalho de entrada de dados não deve exceder o limite máximo de 5 (cinco) horas, sendo que no período de tempo restante da jornada, o trabalhador poderá exercer outras atividades, observado o disposto no art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, desde que não exijam movimentos repetitivos, nem esforço visual.*

A regulamentação prevista no Anexo II da NR-17 para os teleatendimentos

Através da Portaria Ministerial SIT/DSST, de 30/3/2007, do Ministério do Trabalho e Emprego, foi editado o Anexo II da NR-17 que regulamenta o serviço em teleatendimento e telemarketing.

Oportuna é a transcrição de seus itens 5.3. e 5.4. acerca da concessão de jornada reduzida e intervalos especiais intrajornadas:

Item 5.3. O tempo de trabalho em efetiva atividade de teleatendimento/ telemarketing é de, no máximo, 06 (seis) horas diárias, nele incluídas as pausas, sem prejuízo da remuneração.

Item 5.4. Para prevenir sobrecarga psíquica, muscular estática de pescoço, ombros, dorso e membros superiores, as empresas devem permitir a fruição de pausas de descanso e intervalos para repouso e alimentação aos trabalhadores.

5.4.1. As pausas deverão ser concedidas:

- a) fora do posto de trabalho;
- b) em 02 (dois) períodos de 10 (dez) minutos contínuos;
- c) após os primeiros e antes dos últimos 60 (sessenta) minutos de trabalho em atividade de teleatendimento/telemarketing.

Não há dúvida acerca da força normativa desta e de qualquer outra NR do MTE que venham tratar de prevenção de acidente ou doenças ocupacionais, as quais se encontram em perfeita harmonia com a ordem jurídica. Trata-se da chamada “competência normativa secundária” ou “delegação normativa”, traduzida nas palavras de Marçal Justen Filho como o poder atribuído constitucionalmente ao Legislativo “de transferir ao Executivo a competência para editar normas complementares àquelas derivadas da fonte legislativa”².

Nesse contexto, impende lembrar ser da competência privativa da União legislar sobre direito do trabalho (art. 22, I, da CF). Com efeito, considerando que delegação normativa para estabelecer disposição complementar às normas de prevenção em acidentes encontra-se expressamente prevista em norma federal (art. 200, I, da CLT), tem-se que as NRs encontram-se revestidas de perfeita normatividade, máxime porque prestigiam o Princípio da Unidade da Constituição.

Em igual sentido é a Orientação Jurisprudencial nº 345, editada pela SBDI-I do TST, em situação análoga:

A exposição do empregado à radiação ionizante ou à substância radioativa enseja a percepção do adicional de periculosidade, pois a regulamentação ministerial (Portarias do Ministério do Trabalho nºs 3.393, de 17.12.1987, e 518, de 07.04.2003), ao reputar perigosa a atividade, reveste-se de plena eficácia, porquanto expedida por força de delegação legislativa contida no art. 200, “*caput*”, e inciso VI, da CLT. No período de

2. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 169. Em igual sentido OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 171.

12.12.2002 a 06.04.2003, enquanto vigeu a Portaria nº 496 do Ministério do Trabalho, o empregado faz jus ao adicional de insalubridade.

Por fim, registre-se que o STF já examinou este tema quando da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.347-5, interposta pela Confederação Nacional de Transportes – CNT, incidente sobre os Atos que reformularam a NR-7 (PCMSO) e a NR-9 (PPRA), previstas na Portaria 3.214/78.

Além de não conhecer da aludida ADI-MC nº 1.347-5, o excelso STF, em sua composição plena, fez questão de registrar que “a preservação da saúde da classe trabalhadora constitui um dos graves encargos de que as empresas privadas são depositárias”, nos termos do art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Especificamente em relação à força normativa e vinculante do referido Anexo II da NR-17, na parte que estabeleceu jornada reduzida e intervalos especiais intrajornadas, registre-se as seguintes ementas de diversos pretórios trabalhistas:

TELEOPERADORES. INTERVALO. HORA EXTRA. A NR-17, em seu Anexo II, estabelece parâmetros mínimos para o trabalho em atividades de teleatendimento, independentemente de norma coletiva, prevendo duas pausas de 10 minutos e uma de 20 minutos para os teleoperadores sujeitos à jornada de 6 horas, igualmente remuneradas e incluídas nesta jornada. A não observância da integração desses intervalos na jornada diária implicará em extrapolação da jornada legal, com direito a remuneração decorrente.

(TRT 18ª Região, RO 0123500-62.2009.5.18.0002, Rel. Des. Mário Sérgio Botazzo, DJEGO 06/05/2010).

TELEOPERADOR: OBSERVÂNCIA DO ANEXO II DA NR-17. A regulamentação da jornada de teleoperador/telemarketing pelo Anexo II da NR 17 (Portaria Ministerial SIT/DSST de 30.02.2007) deve ser observada pelos empregadores a partir de sua entrada em vigência, 01.08.2007, concedendo a esses profissionais inseridos na jornada diária de 6 horas, o intervalo de 20 minutos para descanso e alimentação e dois outros intervalos de 10 minutos cada, perfazendo o total de 40 minutos diários. Recurso obreiro conhecido e em parte provido.

(TRT 10ª Região, ROPS 00272-2009-802-10-00.0, 2ª Turma, Rel. Des. Alexandre Nery Rodrigues de Oliveira, DEJT 05/06/2009, pág. 62).

ATIVIDADE EM TELEATENDIMENTO/TELEMARKETING. INTERVALO INTRAJORNADA. O anexo II da NR-17, aprovado pela Portaria nº 09, de 30 de março de 2007 (DOU de 02/04/07), que estabeleceu a fruição de intervalo intrajornada de 20 minutos aos trabalhadores em atividade de teleatendimento/telemarketing, entrou em vigência em 1º-08-2007, impondo-se a sua observância pelos empregadores a partir dessa data. No período anterior, contudo, diante da inexistência de disposição legal acerca do intervalo intrajornada específico a esses trabalhadores, a regra aplicável é aquela prevista no § 1º do art. 71 da CLT.

(TRT 12ª Região, RO 07930-2008-034-12-00-1, 4ª Câmara, Relª Juíza Mari Eleda Migliorini, DOESC 09/03/2010).

OPERADORA DE “TELEMARKETING”. INTERVALOS ESPECIAIS. HORAS EXTRAS. Se a prova nos autos demonstra que a obreira, operadora de “telemarketing” não usufruía dos intervalos de dez minutos a cada noventa trabalhados, faz ela jus, portanto, ao recebimento, como extras, desses períodos legalmente disciplinados como de descanso, nos moldes do artigo 72 Consolidado e da NR-17, Anexo II, item 5.3.da Portaria 3214/78, norma essa que veio regular especificamente o labor em tele-atendimento.

(TRT 3ª Região, RO 00233-2007-044-03-00-5, 4ª Turma, Rel. Juiz Emerson José Alves Lage, DJMG 30/06/2007).

Observa-se que os aludidos parâmetros normativos estabelecidos no Anexo II da NR-17 também são decisivos para a caracterização de culpa patronal ou nexo causal nos casos de pedido indenizatório em doença ocupacional:

TELEOPERADOR. DISFONIA. NEXO CAUSAL. Embora a voz seja a principal ferramenta de trabalho de um teleatendente, a mera presença de distúrbio vocal não basta para o reconhecimento de ato ilícito patronal. É imprescindível demonstrar que a moléstia decorre de desrespeito aos parâmetros mínimos fixados no Anexo II da NR-17, em especial, a jornada, os intervalos, a temperatura ambiente e a umidade relativa do ar. Não se pode olvidar que a natureza do teleatendimento requer voz constante em tom agradável, sem sobressaltos, de modo que, uma vez atendidas as exigências da NR, é pouco crível que eventual disфонia decorra dessas condições de trabalho. Nexo afastado.

(TRT 18ª Região, RO 00212-2008-009-18-00-1, 1ª Turma, Relª Desª Kathia Maria Bomtempo de Albuquerque, DJEGO 30/11/2009).

Conclusão

As Normas Regulamentadoras (NRs) do Ministério do Trabalho e Emprego (MET) que dispõem sobre medidas complementares no campo da prevenção de doenças e acidentes do trabalho cumprem expressa delegação normativa estampada em lei federal (art. 200, I, da CLT), além de efetivarem direito fundamental previsto no art. 7º, XXII, da Constituição Federal. Logo, as NRs contêm densidade legal e vinculante para todas “as empresas privadas e públicas e pelos órgãos públicos de administração direta e indireta, bem como pelos órgãos dos poderes legislativo e judiciário, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho CLT” (NR 01.1).

Em sede de ação trabalhista, cabe ao julgador aplicar com a máxima efetividade as disposições das NRs, inclusive como fundamento para deferir horas extras decorrentes da inobservância dos limites de jornada e intervalos nelas previstos ou para caracterizar a culpa patronal em ações de indenização por acidente do trabalho.

Os serviços de teleatendimento e *telemarketing* estão regulamentados pelo Anexo II da NR-17, o qual detém força normativa, inclusive na parte que determina a observância de jornada reduzida de 6 (seis) horas diárias e de dois intervalos intrajornadas de 10 (dez) minutos a serem concedidos fora do posto de trabalho.

Notas sobre trabalho e adoecimento no setor de *telemarketing*

Marinês Trindade¹

1. Contexto social

Em abril de 2007, com a vigência da nova metodologia da Previdência Social para reconhecer casos de acidentes e doenças do trabalho, o Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário – NTEP, foi permitido, automaticamente, relacionar determinadas doenças a determinadas categorias profissionais.

Com a implantação de tal conceito jurídico, observou-se importante variação nos dados estatísticos que vieram a público. As manchetes dos jornais noticiaram: “Casos de LER aumentam 512%”, “Registros de doenças ocupacionais cresce 134%” e “Dobra registro de acidentes e doenças”². Os dados repercutiram no Ministério do Trabalho, levando aquele órgão a reforçar a fiscalização em quatro setores críticos na ocorrência de Lesões por Esforço Repetitivo – LER: frigoríficos, supermercados, indústrias de calçados e *telemarketing*.

Segundo especialistas, as manchetes não traziam novos números, mas revelavam situação latente e o desnudamento de antiga prática, consubstanciada na subnotificação dos acidentes pelas empresas, as primeiras responsáveis por relatar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais, uma vez que a fonte primária de dados de ocorrência de acidentes de trabalho são as empresas ou empregadores responsáveis pela emissão da Comunicação de Acidente do Trabalho. -

Tal fato demonstra que as empresas sempre podem subnotificar estas ocorrências, o que revela a vulnerabilidade dos dados e, conseqüentemente, as dificuldades do trabalhador em obter o benefício devido. A elevação do número de notificações dos acidentes também se deve ao fato de que desde 1999 o Anuário da Previdência passou a discriminar os acidentes por categoria nacional de atividades econômicas - CNAE. Tal fato ampliou a fiscalização trabalhista e a cobrança sindical em setores com maior número de acidentes, o que em última análise faz com que aumentem os registros dos acidentes ocorridos.

Importante ressaltar que esses números não representam uma elevação acentuada dos benefícios concedidos, mas alteração importante na classificação dos infortúnios, isto é, em virtude do NTEP, casos antes classificados como doenças comuns passaram a ser identificados como acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

A pergunta não é mais se o trabalhador está ou não doente, mas se o ambiente do trabalho é ou não doentio. Neste sentido, o trabalho epidemiológico é feito em toda a população empregada do setor econômico, verificando se o adoecimento em relação a outros setores

1. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes e advogada trabalhista.

2. *Revista Retrato do Brasil*, n. 13, ago./set. 2008.

econômicos é diferenciado. A doença deixa de ser vista como um problema do trabalhador e passa a ser problema de um segmento econômico ou de uma empresa.

Assim, entendendo que os acidentes e doenças ocupacionais estão diretamente relacionados ao formato e às práticas na gestão do trabalho de determinada atividade econômica, como, por exemplo, métodos para avaliação e desempenho, pausas intrajornadas e limitação das idas ao banheiro, entre outros fatores favoráveis ao adoecimento, é que enfocamos a seguir as condições e o ambiente de trabalho no setor de *telemarketing*.

2. Contexto jurídico

Os fundamentos constitucionais da Constituição cidadã de 1988 e os direitos humanos, consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem (conforme entendimento do STF que admitiu como emenda à CRFB o pacto de San José da Costa Rica) têm extrema vinculação com o tema.

Em leitura cuidadosa da Declaração Universal dos Direitos do Homem³ e interpretação sistemática, resta demonstrado que os dispositivos adiante transcritos vão de encontro à prevenção e garantias no acidente de trabalho e saúde ocupacional.

Artigo III.

Todo homem tem direito à vida, [...]

[...]

Artigo VIII.

Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

[...]

Artigo XXII.

Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização [...] dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

[...]

Artigo XXIII.

1. Todo homem tem direito ao trabalho, [...], a condições justas e favoráveis de trabalho [...]

[...]

Artigo XXV.

1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, [...] em caso de [...] doença, invalidez, [...] ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Conjugando os direitos humanos antes listados e os princípios fundantes da CRFB⁴, a dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) – princípio fundamental da República –, o valor social

3. SÚSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1998, p. 583.

4. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 dez. 2010.

do trabalho (art. 1º, IV, da CRFB) e a função social da propriedade (art. 170, III, da CRFB), encontramos o norte que deve sustentar as teses de prevenção e reparação de acidentes e doenças ocupacionais causadas em um meio ambiente de trabalho contaminado.

A dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e proteção à integridade física e emocional da pessoa, o que reforça a enorme vinculação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, ou seja, nenhum valor pode estar acima da pessoa humana.

Segundo o autor Ingo Wolfgang Sarlet⁵, os direitos fundamentais explicitam a dignidade da pessoa humana, esclarecendo que em cada direito fundamental se faz presente conteúdo ou projeção desta. Logo, a dignidade da pessoa humana exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais. E, na hipótese de tais direitos não serem reconhecidos à pessoa humana, na verdade o que se está negando é sua própria dignidade. Salientando, inclusive, certa fungibilidade entre a dignidade e a vida, assim, onde há dignidade, há vida, e a violação da dignidade acarreta a violação do direito à vida, bem jurídico constitucionalmente tutelado.

3. As condições da prestação do trabalho no setor de telemarketing como fator de adoecimento e a responsabilidade do empregador

Analisaremos aqui a situação dos trabalhadores na função de *telemarketing*, entendendo-se esta atividade como a comunicação com interlocutores clientes e usuários, realizada a distância por intermédio da voz e/ou mensagens eletrônicas, com a utilização simultânea de equipamentos de audição/escuta e fala telefônica e sistemas informatizados ou manuais de processamento de dados.

É sabido que o trabalhador, quando celebra um contrato de trabalho, não concorre com nenhum risco. E, uma vez que se encontra apto para desempenhar as funções pretendidas pela empresa contratante, qualquer dano moral ou material que venha a sofrer é de responsabilidade do empregador.

Neste sentido os trabalhadores envolvidos na prestação de serviços no setor de *telemarketing* têm o direito de manter incólume seu patrimônio físico e moral. Porém, não é isso que comumente acontece. Nestas relações de trabalho, não raras vezes, revela-se alto grau de opressão e degradação, que ocasionam condições de vida e de trabalho manifestamente indignas.

Nestes casos, surge a responsabilidade civil do empregador pelos danos que advierem. A responsabilidade subjetiva, quando os prejuízos forem impostos por culpa da empresa, no caso de esta descumprir os deveres jurídicos contratuais preexistentes, correspondentes aos deveres anexos de conduta. Como nas questões de gestão por assédio moral, nas quais, ainda que sem desejar expressamente prejudicar o empregado, por imprudência, por falta de cuidado, o empregador, através de seus prepostos, atua de forma comissiva e temerária, proporcionando no ambiente de trabalho humilhação, constrangimento, coação, pressão psicológica, ansiedade e terror como formas de gestão, queixas recorrentes no setor de *telemarketing*, para o controle de pausas e idas ao banheiro.

5. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 88.

Entendemos que por uma conduta ilícita deliberada no poder diretivo da empresa deve então ser responsabilizada, uma vez que tinha capacidade e elementos suficientes para fazer cessar estas práticas – podia e devia ter agido de outro modo –, no dizer de Sérgio Cavalieri Filho⁶.

Caracteriza-se então a culpa patronal pelo adoecimento, por verificar-se o descumprimento do dever geral de cautela de prevenir e precaver o estresse ocupacional no *telemarketing* e teleatendimento. Assim, a própria execução do contrato de trabalho neste setor tem concorrido diretamente para a incapacidade dos trabalhadores.

Acrescente-se que no exercício regular do contrato de trabalho sob o comando diretivo do empregador, na forma da assunção dos riscos da atividade econômica (art. 2º da CLT), por outro lado, encontra-se a responsabilidade objetiva do empregador, pelos riscos especiais oriundos das atividades de *telemarketing* e teleatendimento desenvolvidas pela empresa (art. 927, parágrafo único, do CC/02) e pelos danos ao ambiente de trabalho gerados pelo assédio moral empresarial (art. 225, § 3º, da CF).

Na esteira do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, verifica-se a responsabilidade civil objetiva para atividades que normalmente exercidas possam implicar riscos, como *in casu* o *telemarketing* e o teleatendimento, pelo risco do estresse ocupacional físico e mental.

4. As normas de segurança e medicina do trabalho para o setor de telemarketing

Confirmando este quadro de adoecimento encontrado, veio a consolidar-se rol de normas para a proteção jurídica do trabalhador do setor, no anexo II da NR-17, publicada em 02/4/2007, que regulamenta o trabalho em teleatendimento e *telemarketing*.

Com status de norma infraconstitucional, por delegação expressa da CLT, o anexo estabelece parâmetros mínimos para o trabalho em atividades de teleatendimento/*telemarketing*, de modo a proporcionar o máximo de conforto, segurança, saúde e desempenho eficiente.

Os itens a seguir transcritos do Anexo II da NR-17 do Ministério do Trabalho⁷ tratam das medidas preventivas, a cargo do empregador no setor de *telemarketing* e teleatendimento, para redução dos riscos de estresse ocupacional inerentes a esta atividade. Observa-se que estão diretamente relacionados à forma e ao modo de execução do contrato, bem como a fatos comumente denunciados pelos trabalhadores, que revelam exemplos de casos concretos de lesões jurídicas ocasionadas pela conduta do empregador totalmente avessa às regulamentações delimitadas. Vejamos:

5.1.2.1. Os empregadores devem levar em consideração as necessidades dos operadores na elaboração das escalas laborais que acomodem necessidades especiais da vida familiar dos trabalhadores com dependentes sob seus cuidados, especialmente nutrizes, incluindo flexibilidade especial para trocas de horários e utilização das pausas.

6. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 62.

7. BRASIL. Ministério do Trabalho. NR-17 - anexo II: Trabalho em teleatendimento/telemarketing. Portaria SIT n. 09, 30 de março de 2007, DO 02/4/2007 Disponível em: <http://www.mte.gov.br/legislacao/normas_regulamentadoras/nr_17_anexo2.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2010.

5.2. O contingente de operadores deve ser dimensionado às demandas da produção no sentido de não gerar sobrecarga habitual ao trabalhador.

5.4. Para prevenir sobrecarga psíquica, muscular estática de pescoço, ombros, dorso e membros superiores, as empresas devem permitir a fruição de pausas de descanso e intervalos para repouso e alimentação aos trabalhadores.

5.4.5. Devem ser garantidas pausas no trabalho imediatamente após operação onde haja ocorrido ameaças, abuso verbal, agressões ou que tenha sido especialmente desgastante, que permitam ao operador recuperar-se e socializar conflitos e dificuldades com colegas, supervisores ou profissionais de saúde ocupacional especialmente capacitados para tal acolhimento.

5.7. Com o fim de permitir a satisfação das necessidades fisiológicas, as empresas devem permitir que os operadores saiam de seus postos de trabalho a qualquer momento da jornada, sem repercussões sobre suas avaliações e remunerações.

5.9. Os mecanismos de monitoramento da produtividade, tais como mensagens nos monitores de vídeo, sinais luminosos, cromáticos, sonoros, ou indicações do tempo utilizado nas ligações ou de filas de clientes em espera, não podem ser utilizados para aceleração do trabalho e, quando existentes, deverão estar disponíveis para consulta pelo operador, a seu critério.

5.10. Para fins de elaboração de programas preventivos devem ser considerados os seguintes aspectos da organização do trabalho:

- a) compatibilização de metas com as condições de trabalho e tempo oferecidas;
- b) monitoramento de desempenho;
- c) repercussões sobre a saúde dos trabalhadores decorrentes de todo e qualquer sistema de avaliação para efeito de remuneração e vantagens de qualquer espécie;
- d) pressões aumentadas de tempo em horários de maior demanda;
- e) períodos para adaptação ao trabalho.

5.11. É vedado ao empregador:

- a) exigir a observância estrita do script ou roteiro de atendimento;
- b) imputar ao operador os períodos de tempo ou interrupções no trabalho não dependentes de sua conduta.

5.12. A utilização de procedimentos de monitoramento por escuta e gravação de ligações deve ocorrer somente mediante o conhecimento do operador.

5.13. É vedada a utilização de métodos que causem assédio moral, medo ou constrangimento, tais como:

- a) estímulo abusivo à competição entre trabalhadores ou grupos/equipes de trabalho;
- b) exigência de que os trabalhadores usem, de forma permanente ou temporária, adereços, acessórios, fantasias e vestimentas com o objetivo de punição, promoção e propaganda;
- c) exposição pública das avaliações de desempenho dos operadores.

5.14. Com a finalidade de reduzir o estresse dos operadores, devem ser minimizados os conflitos e ambigüidades de papéis nas tarefas a executar, estabelecendo-se claramente as diretrizes quanto a ordens e instruções de diversos níveis hierárquicos, autonomia para resolução de problemas, autorização para transferência de chamadas e consultas necessárias a colegas e supervisores.

Assim sendo, são muitos os problemas usuais na atividade de *telemarketing*, a saber:

- utilização frequente de pressão psicológica para que os atendimentos telefônicos sejam curtos e acelerados;
- controle rígido de desempenho de qualidade do tempo assiduidade e tempo logado;
- atitudes constrangedoras de supervisores que a pretexto de evitar demoras, controlam idas ao banheiro dos empregados, através de fiscalização pessoal de outros empregados, e até de sistemas de disputas entre os funcionários do setor como em uma competição;
- vigilância e controle também ostensivos nas ligações telefônicas através de monitoração, com interrupção da conversa;
- fixação de intervalos e horários de pausa pela reclamada, sem considerar as necessidades orgânicas e alimentares dos trabalhadores;
- mudanças frequentes nos horários de plantões, inclusive para horários noturnos e na madrugada, sem entendimento com os funcionários, sob pena de demissão e penalização na avaliação;
- exigências cognitivas intensas, com tripla tarefa: falar, atendendo chamadas em continuidade, e resolver problemas; escrever, alimentar o banco de dados do cliente com o resumo do histórico da chamada e navegar.

Em confronto com as normas de proteção elencadas no anexo II da NR-17, podemos concluir que a conduta do empregador pode causar prejuízos ao bem-estar físico e mental dos trabalhadores – confirmando a regra geral de responsabilidade subjetiva do empregador prevista no *caput* do art. 927 do Código Civil e no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal –, bem como que tais danos à integridade física, psíquica e moral dos empregados caracterizam lesão à dignidade humana e à saúde, previstas na Constituição Federal.

Assim, em primeiro lugar, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longiquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado. Acentue-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa estar vinculado à lesão de algum “direito subjetivo” da pessoa da vítima, ou causar algum prejuízo a ela. A simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um “interesse patrimonial”) em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora da tutela, será suficiente para garantir a reparação⁸.

As práticas usuais na gestão de pessoas no setor de *telemarketing*, descritas acima, na forma do entendimento doutrinário, apontam para uma conduta dos empregadores em violação

8. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188.

flagrante aos direitos de personalidade dos trabalhadores, atingindo-os em sua condição humana, tratando-os como se fossem objetos, negando sua qualidade de pessoa e acarretando o dano moral. E, ainda, o descumprimento de obrigações contratuais, no que tange aos deveres anexos de conduta, tais como o tratamento leal, digno e protetivo dos empregados. Acresça-se o manifesto abuso do direito do poder diretivo, vez que em violação da boa-fé objetiva do contrato (art. 422 do CC), não observa os deveres de conduta.

Nas palavras do estudioso da matéria *José Affonso Dallegrave Neto*⁹:

Em manifesto extrapolação do exercício do *jus variandi*, o empregador, aproveitando-se de sua condição ascendente, ora trata seu empregado com menoscabo, injuriando-o e o destrutando até mesmo na frente de seus colegas, ora o trata com rigor excessivo, exigindo-lhe uma produtividade desumana com imposição de horas extras e expedientes fatigantes, pouco se importando com suas necessidades familiares, físicas e sociais.

[...] ao trabalhador, enquanto ser humano, deve ser assegurado um ambiente de trabalho adequado, tratamento leal e digno, salário capaz de atender suas necessidades vitais e de sua família, além de reconhecer o valor de sua performance profissional por meio de promoções funcionais, reconhecimentos e reajustes de mérito. Práticas esquecidas em tempos de reestruturação produtiva que caminha na busca frenética do lucro, ainda que à custa do aviltamento da mão de obra.

No mesmo sentido o autor cita o TST, que preconizou o seguinte:

[...] Conscientizem-se os empregadores de que a busca do lucro não se sobrepõe, juridicamente, à dignidade do trabalhador como pessoa humana e partícipe da obra que encerra o empreendimento econômico.

(Tribunal Superior do Trabalho, 1ª T., Ac. 3.879, RR7.642/86, 9/11/1987, Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello).

Parece-nos que, no setor de *telemarketing*, o direito de comando das empresas tem sido exercido em confronto com os limites sociais e éticos do contrato de trabalho, através da prática de atos abusivos, que não se coadunam com a função social do contrato.

O exercício do poder diretivo estampado em uma prática de gestão de pessoas competitiva e cruel, também conhecida por assédio moral empresarial como gestão de recursos humanos¹⁰, tem acarretado severos abalos na saúde mental e física dos trabalhadores do setor.

Marie-France Hirigoyen¹¹, na obra indispensável sobre o estudo do assunto, afirma: por assédio no local de trabalho compreende-se toda e qualquer conduta abusiva manifestada, sobretudo, por comportamentos, palavras, atos, gestos e escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa ou pôr em perigo seu emprego ou, em última análise, degradar o ambiente de trabalho.

9. DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 172-174.

10. RAMOS FILHO, Wilson. Bem-estar das empresas e mal-estar laboral: O assédio moral empresarial como modo de gestão de recursos humanos. *Revista Praedicatio*. Disponível em: <<http://revistapraedicatio.inf.br/download/artigo07.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2010.

11. HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. Tradução Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 65.

No caso da atividade de *telemarketing* este sofrimento é difuso e está disseminado, conforme pesquisas de saúde ocupacional que apontam os seguintes fatores geradores de sofrimento e patologias: grandes exigências mentais e psíquicas; insuficiências de pausas; estímulo abusivo à competitividade; monitoramento das chamadas; forte atenção e solicitação da memória; restrição à satisfação das necessidades fisiológicas; ruídos ambientes; altas exigências, tanto qualitativas quanto quantitativas; mudanças constantes de horários, com serviços à noite e de madrugada; ritmos de tempo acelerados; conflitos constantes; variabilidade de situações, em contraste com exigência de rapidez e rigidez de comportamento e fala¹².

É o assédio moral organizacional com adoecimento ocupacional, uma vez que exercido de forma sistemática, como modelo de gestão, para o engajamento de funcionários nas metas e políticas das empresas, em total violação à integridade moral e psíquica dos trabalhadores. Segundo Ana Paula Seffrin Saladini¹³, na cultura empresarial, o medo e o sofrimento do trabalhador têm sido utilizados ora como meios de incremento da produção, sob o rótulo de sistema de gestão, ora como mera demonstração arbitrária de poder por parte de chefias despreparadas e que utilizam tais práticas como válvula de escape da própria perversidade e agressividade.

Neste sentido, é possível ainda apontar que a conduta do empregador no setor de *telemarketing*, nestes casos, implica a violação do direito constitucional, preconizado nos arts. 225 e 200, VII, da CRFB, a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, aqui incluído o meio ambiente do trabalho. A conclusão é possível, pois o ambiente, com as características apontadas, não é saudável, hígido ou livre de qualquer abuso ou infortúnio, ao contrário, nas empresas, no desempenho de suas funções nas plataformas, os trabalhadores adoecem e, perdendo seus empregos, em muitos casos, não se encontram mais em condições psíquicas e emocionais para retornar ao mercado de trabalho.

5. Conclusão

Diante desta realidade, apresenta-se como prioridade para a melhoria das condições de meio ambiente da atividade de *telemarketing* e teleatendimento a observância ao comando constitucional do art. 7º, XXII, abaixo transcrito, que afirma como direito social dos trabalhadores:

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; [...]

Com efeito, tal prevenção dos riscos, denominada pelo Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira¹⁴, um dos maiores especialistas na matéria, de Princípio Constitucional do Risco Mínimo Regressivo, estabelece o seguinte:

12. VILELA, Lailah Vasconcelos de Oliveira; ASSUNÇÃO, Ada Ávila. Trabalho emocional: o caso dos teleatendentes de uma central de atendimento. *Cadernos de psicologia social do trabalho*, v. 10, n. 2, p. 81-93, 2007. Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/cpst/v10n2/v10n2a07.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2010.

13. SALADINI, Ana Paula Seffrin. Trabalho, medo e sofrimento: considerações acerca do assédio moral. *Revista LTR*, n.71-08/965.

14. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. São Paulo: LTR, 2010, p. 124.

O empregador tem o dever de reduzir os riscos inerentes ao trabalho até onde for possível, em cada época, de modo que os danos sofridos pelo trabalhador por riscos que poderiam ter sido eliminados ou controlados ensejam a caracterização da conduta culposa do empregador, pela não observância do princípio do risco mínimo regressivo. Nessa mesma linha de pensamento, podemos apontar um outro princípio afinado ou complementar ao do risco mínimo regressivo. O conhecimento atual na área de prevenção indica que o risco deve ser controlado desde a sua origem, evitando que possa propagar a ponto de atingir a integralidade do trabalhador.. Assim, caberia consagrar também o “princípio da retenção do risco na fonte”, como complemento funcional do “princípio do risco mínimo regressivo”.

Resta clara a importância do tema, que a cada dia apresenta novos e preocupantes contornos, considerando-se os altos custos sociais e econômicos envolvidos.

Assim, é necessário discussões, propostas e medidas, envolvendo todos os que integram o setor de teleatendimento e *telemarketing*, empresários e trabalhadores, como também os especialistas nos ramos de Direito, Medicina e Psicologia do Trabalho, pela higidez física e mental do ambiente de trabalho do setor com redução dos riscos da atividade, enfocando o presente estudo a prevenção e eliminação dos riscos através da reflexão do formato atual e práticas corriqueiras na gestão dos trabalhadores.

Terceirização – Entes estatais – Súmula 331, IV, do TST – ADC 16. Responsabilidade objetiva ou subjetiva da Administração Pública?

Rosildo Bomfim¹

1. Introdução

Em decisão recente, precisamente em 24/11/2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão majoritária, declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, sem, contudo, afastar a vigência da Súmula 331, IV, do TST.

O questionamento que se faz é como harmonizar a Súmula 331, IV, do TST à luz do artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações.

Vejamos o teor das duas normas, para que, com base nas aparentes contradições, possamos harmonizá-las.

Súmula 331 do TST, IV:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93:

O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

1. Advogado, professor de pós-graduação em Processo Civil e em Processo do Trabalho e professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Femperj) e do curso Toga Estudos Jurídicos.

2. Da fiscalização da Administração Pública referente ao objeto dos contratos administrativos.

a) Da culpa *in eligendo*

Tem-se por culpa *in eligendo* a que se atribui ao proprietário, patrão, empregador, amo, etc., pelas faltas cometidas por seus serviçais, empregados ou prepostos, na execução de atos ou omissões que possam causar danos a outrem, desde que ocorridos no exercício do trabalho que lhe é cometido².

A ausência de responsabilidade da Administração Pública, como descrito no artigo supra, só ocorrerá se ela obedecer a todos os critérios estabelecidos na Lei de Licitação, e, assim, não há que se falar em culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

É que a Administração Pública só pode contratar nos exatos moldes da Lei de Licitação, e, para habilitação das futuras empresas prestadoras de serviço, só pode exigir os documentos descritos no artigo 27 da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

Art 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal.

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

É de ser relevado que a Administração Pública não pode ampliar o rol dos documentos acima descritos, exigindo, por exemplo, certidão negativa de débitos trabalhistas para comprovar sua idoneidade perante os respectivos encargos.

Ademais, a exigência de quaisquer outros documentos que não os descritos no artigo supramencionado fulmina o ato licitatório de nulidade absoluta, visto que fere o Princípio da Legalidade, que, neste caso, é estrita; logo, só podem ser exigidos os documentos constantes do texto da lei.

Não há nenhuma vontade da Administração Pública ou eventual discricionariedade, devendo cumprir rigorosamente as fases previstas no processo licitatório, de forma a atender as exigências legais.

Posta assim a questão, é de se dizer que, cumpridas as formalidades da lei, não há culpa *in eligendo* da Administração Pública.

Não se pode olvidar que há posições, ainda, divergentes, como a da desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região Alice Monteiro de Barros, que impõe responsabilidade à Administração Pública por culpa *in eligendo* na hipótese de terceirização.

A tese não pode prosperar, sob pena de elevarmos a Administração Pública à espécie de segurado universal.

Em respeito à culta Desembargadora, transcreve-se trecho que sintetiza sua tese:

2. SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. São Paulo: Forense, 2009.

A reformulação da teoria da responsabilidade civil encaixa-se como uma luva na hipótese da terceirização. O tomador dos serviços responderá na falta de previsão legal ou contratual, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa prestadora de serviço. Trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na ideia de culpa presumida (*in eligendo*), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão-de-obra e também no risco (art 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002), já que o evento, isto é, a inadimplência da prestadora de serviços decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador³.

b) Da culpa *in vigilando*

Tem-se por culpa *in vigilando* a que se imputa à pessoa, em razão de prejuízo ou dano causado a outrem, por atos de pessoas sob sua dependência ou por animais de sua propriedade, consequentes da falta de vigilância ou atenção que deveria ter, de que resultaram os fatos motivadores dos danos e prejuízos⁴.

Observa-se que a culpa *in vigilando* se caracteriza pela falta de fiscalização por parte da contratante do correto adimplemento das obrigações contratadas.

Ocorre que a fiscalização é regida pela Lei 8.666/93 e, sendo assim, tem de obedecer aos balizamentos do que dispõe o seu artigo 55, XIII, que tem a seguinte dicção:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Não pode a Administração Pública elastecer as cláusulas contratuais e pactuar o direito de controle e fiscalização das obrigações trabalhistas, sob pena de abuso do poder. Não pode, na verdade, afastar-se do modelo de cláusulas estabelecidas em norma legal.

A fiscalização da Administração Pública refere-se exclusivamente ao objeto do contrato administrativo, não podendo, dessa forma, ser fiscalizados os contratos de trabalho da prestadora de serviço constante no artigo 58, III, combinado com os artigos 67 e 68, todos da Lei de Licitações, que para melhor interpretação passamos a transcrever:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos estituídos por esta lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

III - fiscalizar-lhes a execução.

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

Art. 68. O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato.

3. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 455-457.

4. SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. São Paulo: Forense, 2009.

Indubitável que a Administração Pública não pode exercer poder de fiscalização do contrato administrativo além do permitido em lei, sob pena de ficar, mais uma vez, caracterizado o abuso de poder, desafiando, assim, ação mandamental.

À guisa de exemplo podemos citar ementa do acórdão do TRT da 12ª Região (Santa Catarina), que assim preleciona:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Havendo regular contratação, por via de licitação, e cumprimento dos termos dos contratos administrativos, não há como reconhecer a *culpa in eligendo* ou *in vigilando*, ou até mesmo a responsabilidade objetiva, do ente municipal tomador dos serviços sobre os créditos trabalhistas de suas contratadas (Ac. 2ª Turma nº 07482/2006, RO 02282-2005-049-12-00-3).

Ademais, ainda que a Administração Pública tome conhecimento de irregularidades, no que concerne ao inadimplemento das verbas salariais, não pode rescindir o contrato com a prestadora de serviço, visto que tal motivo não se encontra descrito no artigo 78 da Lei de Licitações.

Certo, ainda, que a doutrina afirma que a enumeração estabelecida no artigo 78 da Lei 8.666/93, no qual se descrevem motivos para a rescisão do contrato administrativo, é taxativa.

Corroborando o acima exposto, transcreve-se o pensamento do festejado Luis Carlos Alcoforado, nos seguintes termos: “A enumeração das hipóteses é taxativa e deve ser interpretada restritivamente, sendo, pois, vedada a invocação de outro tipo fora da raia do art. 78”⁵.

Então, indaga-se: em que casos se aplica a Súmula 331, IV, do TST?

Ao julgar procedente a ADC 16 (Ação Declaratória de Constitucionalidade), na qual se firmou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, não afastou o STF a vigência da súmula supracitada.

Houve consenso no STF no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante no que concerne, por exemplo, à qualificação econômico-financeira.

Juntamente através da qualificação econômico-financeira da prestadora de serviço, pode ser auferida sua real condição econômica, para que não seja contratada pessoa jurídica na esteira da falência, gerando inadimplência, inclusive no que concerne aos contratos trabalhistas.

Corroborando o acima exposto, mais uma vez trago à colagem o posicionamento do administrativista Luis Carlos Alcoforado:

A situação econômico-financeira retrata à Administração o perfil do licitante sob a ótica interna e externa.

Sob a ótica interna, a Administração, para se certificar de que o licitante dispõe de consistente situação econômica e financeira, invade-lhe a intimidade dos dados e indicadores, tendo como referencial o balanço patrimonial e demonstração contábeis do último exercício social, que é aquele que mais próximo está da época da contratação.

5. ALCOFORADO, Luis Carlos. *Licitação e contrato administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 346.

Sob a visão externa, a Administração limita-se a radiografar a realidade econômica e financeira do licitante através de certidão, que instrumentaliza o descortinamento da solvabilidade do proponente sob o enfoque falimentar, concordatário e executacional. Cabe alinhar que a Lei outorga à Administração, ainda, outros meios de aferição da qualificação econômico-financeira do licitante⁶.

Com certeza, tais expedientes inviabilizarão inadimplementos quanto aos créditos trabalhistas ou surpresa quanto à real situação financeira das contratadas.

Frisa-se que a Administração Pública deve analisar a qualificação econômico-financeira da prestadora de serviço até o final do cumprimento do contrato e, verificando as dificuldades financeiras da prestadora, deverá adotar medidas que viabilizem a execução do serviço e a solvabilidade dos créditos trabalhistas.

Trata-se, na verdade, de **responsabilidade subjetiva**, o que se traduz da Súmula 331, IV, do TST, como bem analisado pelo STF, à luz do julgamento da ADC 16, em 24/11/2010.

A CRFB, em seu artigo 37, § 6º, só cobriu o risco administrativo em relação à atuação ou omissão dos seus servidores públicos, não responsabilizando o Estado objetivamente por atos de terceiros. Neste caso a **responsabilidade é subjetiva**, devendo o intérprete ater-se ao elemento *culpa*.

Nesta linha de intelecção é o entendimento do saudoso Hely Lopes Meirelles:

Nestas hipóteses, a indenização pela Fazenda Pública só é devida se se comprovar a culpa da Administração. E na exigência do elemento subjetivo culpa não há afronta ao princípio objetivo da responsabilidade sem culpa, estabelecida no art. 37, § 6º, da CF, porque o dispositivo constitucional só abrange a atuação funcional dos servidores públicos, e não os atos de terceiros e os fatos da Natureza. Para situações diversas, fundamentos diversos⁷.

A responsabilidade objetiva da Administração Pública não serve para imputar ao Ente Estatal responsabilidade subsidiária porque pressupõe a existência de ato ilícito praticado pelo Estado, o que não ocorre nas hipóteses em que se efetiva fiscalização da Administração Pública quanto à idoneidade financeira da prestadora de serviço.

Neste sentido, deve-se dizer que, se o Estado, devendo agir por força de lei, deixou-se omisso, ou realizou fiscalização deficiente, responde pela omissão perpetrada; por outro lado, se agiu rigorosamente nos ditames da lei, fiscalizando, e mesmo assim ocorreu o evento danoso, não há como responsabilizá-lo, visto que o Estado não é o autor do dano.

Não se pode perder de vista o ensinamento da doutrina a respeito do tema, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em síntese: se o Estado, devendo agir por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por essa incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitando quando, de direito, devia sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos.

6. ALCOFORADO, Luis Carlos. *Licitação e contrato administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 180.

7. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 664.

Reversamente descabe responsabilizá-lo se, inobstante atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento dano gerado por força (humana ou material) alheia⁸.

Pelo que se percebe no trecho do voto do relator Horácio Senna Pires, no AIRR 3138/2006-085-02-40.8, e, ainda, na ementa do AIRR 698/2005/037-12-40-1, o TST adotou a tese de responsabilidade subjetiva em face da ausência de fiscalização:

Ainda que a recorrente alegue que não foi a sua conduta que resultou no inadimplemento do encargo, tendo em vista a contratação idônea de serviços de terceiros, sua responsabilidade subsidiária está calcada justamente na culpa *in eligendo*, decorrente da culpa objetiva, extracontratual, ao **firmar contrato para lhe prestar serviços pessoa jurídica de saúde financeira duvidosa**. Certo é que, tendo se beneficiado dos serviços da autora, não deve permanecer ileso, caso inadimplente o responsável principal.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS ENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, INCLUSIVE QUANTO ÀS MULTAS PREVISTAS NOS ARTS. 467 E 477 DA CLT. LIMITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. Em se tratando de típica terceirização, evidenciado o descumprimento de obrigações trabalhistas por parte do contratado, deve ser atribuída à contratante a responsabilidade subsidiária. **Nessa hipótese, não se pode deixar de lhe atribuir, em decorrência de seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado (culpa *in vigilando*), a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, o dever de responder, supletivamente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato**. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar, quando causar danos a terceiro. Agravo de instrumento não provido. (TST-AIRR-6968/2005-036-12-40.1, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DJ 06/6/2008).

É certo que o voto, equivocadamente, em meu sentir, fala em culpa objetiva, mas a fundamentação faz-nos crer tratar-se de culpa subjetiva baseada na negligência da Administração Pública ao realizar contrato de prestação de serviço com pessoa de saúde financeira duvidosa. Ao não cumprir com sua obrigação fiscalizadora, arrastou para si a responsabilidade subsidiária.

O que é razoável nestes casos de omissão da Administração Pública quanto a sua função fiscalizadora, tendo em vista a vulnerabilidade do trabalhador em comprová-la, é a concessão da **inversão do ônus da prova**, estabelecendo-se assim a culpa presumida, em desfavor da Administração. Trata-se de aplicação do Princípio da Paridade de Armas descrito no artigo 125, I, do CPC.

8. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, p. 615.

É preciso também insistir no fato de que a responsabilidade por comportamento omissivo não transmuta a responsabilidade subjetiva em objetiva, ao máximo poderá o magistrado inverter o ônus da prova consubstanciado no artigo 125, I, do CPC.

Em vista do provimento da ADC, o STF deu provimento a uma série de reclamações contra as decisões do TST e dos TRTs que adotavam a responsabilidade objetiva da Administração Pública, negando vigência ao artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações.

3. Conclusão

Posta assim a questão, pode-se concluir o seguinte:

- 1) o artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93 não entra em rota de colisão com a Súmula 331, IV, do TST;
- 2) a Súmula 331, IV, do TST trata de responsabilidade subjetiva da Administração Pública;
- 3) não há responsabilidade subsidiária da Administração Pública se não for provada a sua omissão quanto à fiscalização da empresa contratada nos limites da Lei 8.666/93;
- 4) em face da dificuldade que o reclamante encontrará para demonstrar a omissão da Administração Pública, poderá o juiz determinar a inversão do ônus da prova com fundamento no artigo 125, I, do CPC.

TEMAS DIVERSOS

O sentido do direito: a polêmica Jusnaturalismo x Positivismo

Parte II

Marcos Cavalcante¹

Em virtude da extensão deste artigo, a primeira parte foi publicada na Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região nº 47 (janeiro/junho 2010).

1.4. No século XIX – do Romantismo ao Positivismo

O século XIX, para efeito didático de nosso trabalho, em rápidas linhas, pode ser dividido em duas partes: na primeira (o primeiro terço do século, até 1830, aproximadamente), destacam-se a *contrarrevolução*, o *romantismo* e o *idealismo*; na segunda, que serão (por aglutinação que fazemos, sabendo do prejuízo em termos de esclarecimentos históricos) os dois terços seguintes, a forte influência das ideias liberais e democráticas, a evolução econômica, o triunfo da burguesia, o progresso das ciências naturais e o positivismo.

1.4.2. Primeira parte

1.4.1.1. Contrarrevolução

Quanto à **contrarrevolução**, trata-se de movimento que, em todos os países europeus, já se iniciava com os próprios movimentos revolucionários conhecidos naquele continente, ainda nos governos absolutos. Combateram as ideias iluministas e pregaram a volta ao governo baseado no direito divino dos soberanos². Fazemos esta referência para lembrar que a história não segue, salvo a cronologia da contagem do tempo, de forma linear, especialmente no campo do pensamento humano, em que as ideias estão simultaneamente sendo discutidas em vários sentidos.

1.4.1.2. Romantismo

O **Romantismo** pode ser designado como o movimento filosófico, artístico e literário que começou no final do século anterior e floresceu nos primeiros anos do século XIX, sendo mesmo a marca desse período. Seu aspecto mais evidente é a *valorização do sentimento*, categoria espiritual que o Iluminismo reconhecera (grande a contribuição de Rousseau), e que agora era visto pelo prisma da experiência mística da fé, superando os limites da razão humana, já que a razão não é suficiente para aquisição de todo conhecimento, sendo a fé entendida

1. Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, pós-graduado em Administração Judiciária pela Fundação Getúlio Vargas e mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra, Portugal.
2. MONCADA. Luís Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra Editora, 1995, p. 273

como fato de sentimento ou de experiência imediata³. Embora seja expressão de sentido bastante polissêmico, Romantismo é aqui aquela ideia de um “ethos” duma sentimentalidade irracionalista e vontade pujante (Moncada), com base em fatores espirituais, que naquela época procuraram uma nova compreensão “do mistério” das nacionalidades (vendo a expressão estético-religiosa do movimento na Europa), sendo, portanto, em termos políticos, tradicionalista e religiosamente católico. Seus expoentes mais expressivos são Goethe, Schiller, Fichte, Wordsworth e Colerige (estes dois últimos na Inglaterra).

1.4.1.3. Idealismo

O **Idealismo**⁴ é também expressão que pode resultar em equívocos se não explicitada em seu sentido específico. O termo foi introduzido na filosofia por Leibniz ao se referir à doutrina platônica das ideias (Idealismo metafísico). Por isso os autores em geral distinguem dois significados para a expressão: o gnosiológico ou epistemológico e o romântico, que é a corrente bem definida a que estamos nos referindo neste tópico. Neste sentido, Kant (considerado o pai do Idealismo alemão) dizia que o idealismo “É a teoria que declara que os objectos existem fora do espaço ou simplesmente que sua existência é duvidosa e indemonstrável, ou falsa ou impossível.” Para Kant, como já vimos, o conhecimento se expressa transcendentalmente por trás da realidade (ideia *a priori*). A percepção, portanto, não é limitada pela experiência. Seus seguidores (kantistas e neokantistas) darão conformações mais ou menos exatas a essa ideia, mas não diferirão absolutamente dela. Enquanto Kant se preocupou tanto com a aparência das coisas (fenômeno) e com a coisa em si (númeno), os neokantianos reivindicaram a “coisa-em-si” (*ding na Sich*), numa reconstrução racional, para voos metafísicos⁵, ou de nova metafísica.

Hegel (1770-1831)

Hegel⁶ é considerado aquele que leva o Idealismo ao absoluto (em comparação ao subjetivismo de Fichte e ao objetivismo de Schelling)⁷. Ele aplicou as ideias de Kant sobre a unidade de ação, entendimento e realidade fenomênica, para desenvolver uma nova visão da história. Recorrendo à concepção das categorias do entendimento que dão forma à realidade, ele, ao contrário de Kant, achava que essas categorias viviam mudando e tendiam a conflitar entre si, mas se realizando ao longo do tempo, num processo que ele chamou de dialético, aproveitando a ideia de Platão, que a empregou para descrever a técnica de Sócrates de raciocinar por meio de perguntas e respostas. Assim, para Hegel, entre tese x antítese surge a síntese. A história do pensamento humano passa por esse processo, progredindo gradualmente no correr dos séculos.

Em sua obra *Filosofia do Direito*, ele apresenta a realidade social como racional, contrariamente à natureza, que é regida por leis. Aqui já se percebe que Hegel, apesar de ser um marco para a filosofia, não ultrapassa, juridicamente, o jusnaturalismo racionalista do Iluminismo. Sua maior contribuição para o assunto sobre o qual nos debruçamos será o método dialético por ele (não criado, mas) desenvolvido.

3. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 860.

4. Uma síntese concisa, mas precisa, está em: DUPUY, Maurice. *A Filosofia Alemã*. Tradução de Rosa Carreira (original La Philosophie Allemande). Lisboa: Edições 70, 1987, p. 51-64.

5. STEVENSON, Jay. *Filosofia*. 2. ed. Tradução de Ivo Korytowski. São Paulo: Mandarim, 2002, p. 201

6. Para melhor elucidação sobre Hegel, ver Jacques D'Hondt em Huismann, *Dicionário*, própria. 465-472.

7. MONCADA. Luís Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra Editora, 1995, p. 279.

1.4.1.4. A Escola Histórica⁸

Sem que possamos desenvolver o tema detalhadamente neste momento, como a matéria exige, em termos acadêmicos, diremos ainda que este início de século tem uma figura importante na transição de um direito em que se buscam fundamentos materiais fora (ou antes) da lei para um sistema de direito formal: Savigny, que ajudou a fundar a Escola Histórica do Direito (juntamente com Gustav Hugo e Jacob Grimm, entre outros). Desde 1802, em seu *Curso de inverno*, embora defenda que a ciência do direito seja tanto histórica quanto filosófica, opõe-se ao jusnaturalismo racionalista. Em seus primeiros escritos, salienta Joachim Rückert⁹, Savigny tenderá para uma postura idealista objetiva, rejeitando a interpretação extensiva e teleológica da lei, na qual “o juiz não tem que aperfeiçoar a lei de modo criador, tem apenas que executá-la”¹⁰. Ainda que na maturidade Savigny tenha abrandado essa postura formalista, a verdade é que, reconhecem todos, ele preparou o caminho à “Jurisprudência dos Conceitos” formal de Putcha. Ou, noutras palavras, ainda que na obra da juventude o escrito de Savigny mostre um sistema jurídico entendido exclusivamente como um sistema de *regras jurídicas*, em sua maturidade ele liberta-se dessa vinculação mais estrita ao teor literal da lei em favor de um sistema mais voltado ao *fim da lei e do nexó de significações fornecidos pela global intuição do instituto*. No entanto, sua visão de ciência do direito, além do significado histórico, veio a influenciar mais tarde Putcha, na perspectiva da ideia do sistema construído com base em *conceitos jurídicos*, ponto de arranque para a *Jurisprudência dos Conceitos*¹¹.

Embora seja usual dizer-se que o positivismo jurídico é consequência do movimento filosófico de Comte, isso não é exatamente assim¹². O pensamento jurídico, antes de Comte, já delineava um caminho de libertação de ideias metafísicas à procura de um certo cientificismo para o direito, encontrando no positivismo filosófico base mais elaborada, e não apenas jurídica, quer dizer, de caráter efetivamente mais filosófico-especulativo. Assim, o *espírito do povo* de Savigny, o *direito dos juristas* (jurisprudência dos conceitos) de Putcha, o *direito popular* de Beseler, a *finalidade do direito* (jurisprudência sociológica) de Jhering, o *direito social e comunitário* de Gierke e até o *materialismo histórico* (alienação do homem na sociedade de mercadorias) de Marx foram tentativas de aquisição da identidade histórica para a ciência jurídica, trazendo para o domínio do concreto, e não do metafísico, o sentido do direito¹³.

1.4.2. Segunda parte

Conforme dissemos acima, a segunda parte do século XIX terá forte influência das ideias liberais e democráticas, da evolução econômica, do triunfo da burguesia, do progresso das ciências naturais e do positivismo. De certo que cada item poderia ser desenvolvido aqui, se

8. Sobre a Escola Histórica: WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Gulbenkian, 1967, p. 397-523. Nesta obra o autor dedica um extenso capítulo sobre a Escola Histórica, onde aglutina desde a escola Histórica propriamente dita, como a jurisprudência dos conceitos, a pandectística e o positivismo científico, com seus principais pensadores. E ainda CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*. Coimbra Editora, vol. II, p. 203-248.

9. Conforme LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1997, p. 11.

10. *Ibid.*, p. 12.

11. *Ibid.*, p. 18-19.

12. BOBBIO diz que Positivismo Jurídico não é consequência do Positivismo Filosófico. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Ícone, 1995, p. 15.

13. WIEACKER, p. 409.

estivéssemos tratando da história da filosofia. No entanto, repetimos mais uma vez (por amor ao rigor acadêmico), para análise do desenvolvimento do direito natural, nos limitaremos a citar tais movimentos e a focar especificamente o positivismo, que é o de maior repercussão jurídica em relação ao tema de nosso trabalho.

Vários movimentos irão se suceder e/ou ocorrer simultaneamente, tais como¹⁴ o *Irracionalismo* e *Pessimismo* de Schopenhauer (1788-1860); o *Materialismo* (de esquerda) de Feuerbach (1804-1872) – num seu segundo momento, de Karl Marx (1818-1883) e Engels (1820-1895) ou o *Científico*, de Karl Vogt (1852) e Moleschott (1852) –; a *transmutação dos valores* de Nietzsche (1844-1900), que influenciará os existencialistas no século seguinte; a corrente de permanência da *Tradição Metafísica*, como em Herbart (1776-1841), Bolzano (1781-1848), Brentano (1838-1917) e Fechner (1801-1887), entre outros, além das correntes católicas neoaristotélicas e neoescolásticas (especialmente tomistas); as escolas históricas do direito; e, ainda, o Subjectivismo em suas diversas formas: Positivismo, Neoidealismo e Pragmatismo.

2. A resposta Positivista: o Normativismo

O termo *Positivismo*, se analisado em seu sentido literal imediato, pode ser visto como uma derivação de Positivo (acrescido do sufixo *ismo*). Neste sentido, Positivo é aquilo que é posto, estabelecido ou reconhecido como um fato¹⁵. Foi empregado pela primeira vez por Saint-Simon para designar o método exato das ciências e sua extensão para a Filosofia¹⁶. Foi adotado por Augusto Comte para expressar suas ideias filosóficas.

Segundo Moncada¹⁷, há duas formas de entender o Positivismo. **A primeira**, em sentido estrito, como conceituado acima, é o movimento filosófico que assume feições sistemáticas, especialmente em Comte¹⁸. A ideia central é de *repúdio formal a tudo que possa lembrar a metafísica*, ou seja, **que não se apoie num raciocínio formal empírico, fundado em observações de experimentação de fatos sensíveis**. Os atos e sua relação de antecedência e consequência são os únicos que importam. Propugnando um sistema aplicável ao campo das ciências naturais (observação dos experimentos realizados e neles buscando relações de causas e efeitos), “empurrava” o papel da Filosofia para uma mera sistematização do conhecimento científico adquirido pelo método empírico.

Comte, em sua obra *Curso de Filosofia Positiva*, dizia ter descoberto uma grande lei fundamental, baseada solidamente nas provas racionais fornecidas pelo conhecimento de nossa organização e possível de ser vista no exame histórico do passado:

[...] cada uma de nossas concepções principais, cada ramo de nossos conhecimentos, passa sucessivamente por três estados históricos diferentes: [...] O teológico, o metafísico e enfim o positivo. [...] Essa revolução geral do espírito humano pode ser

14. Para maior desenvolvimento, ver: DUPUY, Maurice. *A Filosofia Alemã*. Tradução de Rosa Carreira (original La Philosophie Allemande). Lisboa: Edições 70, 1987, p. 66-88.

15. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 776.

16. *Ibid.*, p. 777.

17. MONCADA. Luís Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra Editora, 1995, p. 306.

18. Desde a Grécia o direito positivo como sinônimo de direito escrito já existe, mas foi Comte quem a sistematizou em termos filosóficos a partir de padrões rígidos, instaurando uma ideologia das ciências, embora, como visto no texto, Saint-Simon já havia feito uso do termo e de sua aplicação social.

facilmente constatada hoje, duma maneira sensível embora indirecta, considerando o desenvolvimento da inteligência individual. [...] Ora, cada um de nós, contemplando sua própria história, não se lembra do que foi sucessivamente, no que concerne às noções mais importantes, teólogo em sua infância, metafísico em sua juventude e positivo ou científico na contemplação de sua virilidade?¹⁹

A característica do Positivismo é a romantização da ciência, vale dizer, sua devoção como única guia da vida individual e social do homem, único conhecimento válido, única moral, única religião possível. É a afirmação da organização da sociedade técnico-industrial que se firmava na primeira metade do século XIX, com a ascensão da burguesia capitalista ao poder.

Ainda nesta acepção, é possível distinguir o Positivismo *social* (Saint-Simon, Comte e John Stuart Mill), nascido das exigências de *constituir a ciência* como fundamento de uma nova ordenação social, do Positivismo *Evolucionista* (Spencer), que estende a todo o universo o conceito de progresso e procura impô-lo a todos os ramos da ciência, seja em sua forma monista materialista do direito (E. Haeckel²⁰), seja na forma espiritualista (Bergson²¹ e W. Wundt²²).

A segunda forma de entender o Positivismo é mais geral, como elemento em vários campos do conhecimento humano, e não apenas do filosófico e das ciências naturais. Nenhum setor do conhecimento humano ficou imune aos efeitos do pensamento positivista neste sentido, que exprime aquela postura racionalista empírica da corrente filosófica propriamente dita.

Evidentemente, o pensamento jurídico não ficaria imune a tal pensamento que tomou vulto na segunda metade do século, e pouco a pouco firmou-se como um verdadeiro positivismo jurídico²³. Sob este ponto de vista, o direito passou a ser visto apenas como direito formal, aquele elaborado pelo legislador, noutras palavras, pelo Estado.

Entre as características de tal corrente de pensamento jurídico, podemos destacar as seguintes: as lacunas legais serão preenchidas pelo entendimento do próprio discurso legal, através dos princípios gerais do direito; o juiz assume uma posição meramente passiva de *escravo da lei*, com discurso meramente racional, diga-se intelectual, sem qualquer valoração pessoal e própria da norma a aplicar ao caso; o juiz não poderá denegar a justiça, julgando mesmo que não haja na lei a previsão, pois o sistema dedutivo formal do sistema – integração – poderá ser usado.

Tudo isso como reflexo de um Estado agora infalível, científico e onisciente: Estado de Direito, modelo demo-liberal desse século. Não é difícil ver qual o papel do direito natural em tal sistema: um arcaico modo (infantil, na palavra de Comte) de pensar e que deve ser abandonado. Ao aceitar os dados da experiência direta e imediata dos sentidos ingenuamente, sem qualquer crítica, o positivismo eliminava a liberdade e o livre-arbítrio, pilares da responsabilidade, e trocava a metafísica pelo mecanicismo, que de certa forma é modo grosseiro, nas palavras de Moncada, de nova metafísica!

19. COMTE, Auguste. *Curso de Filosofia Positiva*. São Paulo: BRIL Cultural, 1973, p. 9-11. (Coleção Os pensadores).

20. *Enigmas do mundo*, 1899, *apud* ABBAGNANO, 1998, p. 777.

21. *Evolução criativa*, 1907, *apud* ABBAGNANO, 1998.

22. *System der Phil*, 1889, *apud* ABBAGNANO, 1998.

23. Lembramos, entretanto, no tópico sobre as escolas Históricas do Direito que o positivismo jurídico é tributário também de outros movimentos, chegando mesmo a ser reivindicado, para evitar-se maior confusão, que se use a expressão *formalismo jurídico*: WIEACKER, 1967, p. 494.

Evidentemente, ante seu caráter normativo, o positivismo se concretizará de acordo com as realidades nacionais diversas, também de forma diversa. Ao assumir os valores estéticos, éticos e sociais de cada nação, vários *positivismos* poderão ser encontrados, na medida em que se articulam sobre a realidade existente em cada lugar²⁴.

De acordo com Norberto Bobbio²⁵, as características fundamentais do positivismo jurídico podem ser resumidas em sete pontos ou problemas, que correspondem, inicialmente, a **um certo modo de abordar o estudo do direito**.

Segundo este autor,

O positivismo jurídico responde a este problema *considerando o direito como um fato e não como um valor*. O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor. Na linguagem juspositivista o termo “direito” é então absolutamente avalorativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor. (grifo nosso).

Chamando de teoria do formalismo jurídico, Bobbio entende que a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal, independentemente do teor de seu conteúdo. No positivismo jurídico, a afirmação da validade de uma norma jurídica não implica também a afirmação do seu valor.

O segundo tipo de abordagem diz respeito a **uma certa teoria do direito**, e pode ser visto em cinco itens. O primeiro diz respeito à **definição do direito**. Para Bobbio,

o juspositivismo define o direito em função do elemento da coação, de onde deriva a teoria da coatividade do direito. Essa teoria é consequência do modo de considerar o direito, que aludimos no item anterior considerar o direito como fato leva necessariamente a considerar o direito o que vige como tal numa determinada sociedade, a saciedade, a saber, aquelas normas que são feitas valer por meio da força (convém notar, porém, que esta doutrina não é exclusividade do positivismo jurídico, visto que seu primeiro formulador é geralmente considerado jusnaturalista (alemão Christian Thomasius)).

O segundo item concerne às **fontes do direito**. O positivismo jurídico havia afirmado a teoria da legislação como primeira fonte do direito, tentando explicar o problema das outras fontes do direito, que não desapareceram totalmente.

O positivismo jurídico elabora toda uma complexa doutrina das relações entre a lei e o costume (excluindo-se o costume *contra legem* ou costume *ab-rogativo* e admitindo somente o costume *secundum legem* e eventualmente o *praeter legem*), das relações entre lei e direito judiciário e entre lei e direito consuetudinário. Há, em seguida, o

24. MARQUES, Mário Reis. Grandes Linhas de Evolução do Pensamento e da Filosofia Jurídicas. título III, cap. II, p. 219-285. In: CUNHA, Paulo Ferreira da. (Coord.). *Instituições de Direito*. vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 263.

25. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico*: lições de filosofia do Direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi *et al.* São Paulo: Ícone, 1995, p. 131-134.

problema das fontes assim ditas “pressupostas” ou “aparentes” do direito, como a equidade e a natureza das coisas ou dos fatos.

Para Bobbio, esta última perspectiva representa uma abertura inconsciente para o direito natural. Não é demais lembrar que no pós-guerra, quando dos movimentos de restauração do direito natural, uma das correntes será aquela que defende um direito natural baseado na natureza das coisas.

O terceiro ponto diz respeito à **teoria da norma jurídica**:

o positivismo jurídico considera a norma como um comando, formulando a teoria imperativista do direito, que se subdivide em numerosas “subteorias”, segundo as quais é concebido este imperativo: como positivo ou negativo, como autônomo ou heterônomo, como técnico ou ético. Há, em seguida, o problema das “normas permissivas”, isto é, se estas normas fazem manifestar em menor grau a natureza imperativa do direito; e, enfim, trata-se de estabelecer a quem são dirigidos os comandos jurídicos, de onde deriva o problema dos destinatários da norma.

O quarto ponto se refere à **teoria do ordenamento jurídico**, que considera o conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade. O positivismo jurídico sustenta duas teorias sob este enfoque: a primeira é a teoria da coerência, na qual “em um mesmo ordenamento jurídico possam coexistir simultaneamente duas normas antinômicas (contraditórias ou contrárias), visto que já está implícito no próprio ordenamento um princípio que estabelece que uma das duas, ou ambas as normas, são inválidas”; a segunda é a da completude do ordenamento jurídico, a qual afirma que, “das normas explícita ou implicitamente contidas no ordenamento jurídico, o juiz pode sempre extrair uma *regula decidendi* para resolver qualquer caso que lhe seja submetido: o positivismo jurídico exclui, assim, decididamente a existência de lacunas no direito”.

O quinto item trata do **método da ciência jurídica**, isto é, o problema da interpretação, de modo a compreender toda a atividade científica do jurista: interpretação *stricto sensu*, integração, construção, criação do sistema:

o positivismo jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica).

Finalmente, o Positivismo Jurídico apresenta **uma certa ideologia do direito**. Diz respeito à **teoria da obediência**. Acreditando não ser fácil fazer generalizações, Bobbio entende que há um conjunto de posições no âmbito do positivismo jurídico que encabeça a teoria da obediência absoluta da lei como tal, teoria sintetizada no aforismo: *Gesetz ist Gesetz* (lei é lei). Para ele,

esta teoria, contudo, melhor do que de positivismo jurídico, dever-se-ia falar de positivismo ético, visto que se trata de uma afirmação de ordem não científica, mas moral ou ideológica; e também as origens históricas dessa doutrina são diferentes daquelas das outras teorias juspositivistas: enquanto, de fato, estas últimas concernem ao pensamento racionalista do século XVIII, a primeira diz respeito ao pensamento filosófico alemão da primeira metade do século XIX e, em particular, a Hegel.

Tal sistema gerou uma imediata reação, especialmente na Alemanha, onde se procurou resgatar, mesmo dentro desse movimento *positivo* (embora abertamente em oposição), um estudo do valor e os limites da própria razão: o neoidealismo.

3. Respostas pós-positivistas

3.1. O Neoidealismo

Esse movimento se inicia na Alemanha, a partir de 1860, com o intuito de “regressar a Kant”, para conseguir sair da metafísica e do materialismo, a que, afinal, levava o Positivismo. Por isso também é conhecido por *neoidealismo*²⁶.

Do ponto de vista jurídico, o neoidealismo também pretende rejeitar, em suas linhas principais, qualquer ideia metafísica de fundamentação do direito, como valoração do sistema ou normas, para além do direito positivo. O mundo jurídico é construído só pelo homem, pelo sujeito, para o qual a verdade apenas consiste na coerência lógica interna dum sistema de proposições²⁷.

Sob o ponto de vista jurídico, esse neoidealismo iria se traduzir, no século XX, em correntes de pensamento que tenderão ao retorno ao direito natural com outra índole, como se verá no tópico abaixo.

Esse é o panorama, já muitíssimo vasto e poliforme, da dicotomia que agora assume o direito natural ante o direito positivo no século XIX. Acrescido de outros tantos aspectos, que aqui não é possível agora estudar (pois optamos por uma análise histórico problematizante), ele irá perdurar até o final do século XIX e, junto com diversos movimentos de variados matizes, manter-se-á superado pelo positivismo em sua forma mais legalista, até a Segunda Grande Guerra, que será mais um marco de mudança na história do direito em geral e do direito natural em particular²⁸.

3.2. No século XX: pós-guerra

Como pudemos ver nos tópicos acima, desde o século XVI que a ideia do direito natural passa por ciclos de idas e vindas, fortalecimento e enfraquecimento, retorno, revisões e novas leituras, de um lado; negação, críticas e “superação”, de outro.

O século XX é depositário de variadas correntes de ideias filosóficas com repercussão no jurídico, oriundas do século XIX, entre as quais, como vimos em tópicos anteriores, destacam-se o Idealismo, o Positivismo (racionalista e empírico), o Materialismo (em todas as suas

26. MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, p. 320.

27. *Ibid.*, p. 325.

28. Um resumo dos principais pensadores do neoidealismo alemão e italiano pode ser visto em: MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Manual esquemático de história da filosofia* (prefácio de Miguel Reale). 2. ed. São Paulo: LTR, 2000, p. 269 e ss.

vertentes, nomeadamente o histórico e o económico) e a Filosofia Cristã. Todo esse edifício do conhecimento humano sofrerá enormes abalos com o advento das guerras mundiais que tomaram de assalto o mundo nesse século. No período que se seguiu ao pós-guerra houve fortalecimento da ideia, mas logo depois seu enfraquecimento. Nos dois tópicos abaixo se pretende identificar esse ciclo, numa busca por entender a corrente evolutiva (?) do pensamento humano em sua reflexão sobre o Direito.

4. O retorno da ideia de direito natural após as decepções do pós-guerra

Difícilmente alguém enfrenta uma vivência de duas guerras, especialmente de dimensões mundiais, sem profundas modificações pessoais em nível psico-emocional. Notadamente a Segunda Grande Guerra foi uma tragédia humana de consequências até hoje não completamente superadas. O mundo ainda se refaz do desmonte da divisão Leste-Oeste, com novas geografias nacionais e lutas por autonomias. No pensamento jurídico mundial, especialmente o europeu, onde o drama das ideologias irracionais²⁹ se fez sentir mais fortemente por ter sido o exato palco da barbárie, uma perplexidade se formou: como poderiam sistemas jurídicos se moldar às atrocidades cometidas, por exemplo, contra judeus? Como punir tiranos, déspotas e generais que demonstraram total desprezo pela raça humana? Muitas medidas, hoje reconhecidas como brutais, foram tomadas com base na legislação fascista ou nacional-socialista (nazista) da época. Como punir crimes não definidos em lei, se não há crimes sem a devida reserva legal? Tudo isso “mexeu com a cabeça” de muitos defensores do então sistema jurídico vigente, o Positivismo Legalista, aquele que encontra no próprio texto da lei sua razão fundamentante. Certamente haveria valores acima daquelas leis³⁰.

Na síntese de Castanheira Neves:

Desde logo, foi a tentativa da restauração, sobretudo no pensamento jurídico alemão, *et pour cause*, do jusnaturalismo, ainda que agora menos com fundamento ontológico ou ontológico-antropológico do que axiológico, com apoio antes de mais na filosofia da axiologia material (Scheler, Hartmann). Neojusnaturalismo que começou por ter uma expressão eloqüente em Radbruch, ao repudiar ele o seu anterior positivismo no problema da validade do direito, que vira fundada no valor segurança, a favor do reconhecimento de um “direito suprallegal”, que levaria referido o sentido fundamental da *justiça* e se haveria de designar pela expressão secular, e mesmo com o significado clássico, de “direito natural”. Com fundamento nesse direito natural suprallegal se teria mesmo de considerar, nos casos extremos da sua violação, a “lei positiva como não-direito (*Unrecht*) legal”, retirando-se-lhe por isso a sua própria validade de direito (*Die Erneuerung des Rechts, Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, in ap. à 4. ed. da *Rechtsphilosophie*, ed. por E. Wolf, p. 335, ss.; *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, *Ibid.* p. 347 ss., *Vorschule der Rechtsphilosophie* 3. ed. p. 113, ss.)³¹.

29. Não confundir com o Irracionalismo, corrente filosófica identificada com a Filosofia da Vida.

30. HART, Herbert. L. A. *O Conceito do Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 223-228. (título original *The Concept of law*, primeira edição 1961, Oxford University Press).

31. Conforme Castanheira Neves, A. *A crise atual da filosofia do direito*. Texto até o momento não publicado, distribuído durante lições proferidas no Curso de Mestrado, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 2002,

Esse período vai perdurar por cerca de duas décadas e apresenta várias correntes de pensamentos neojusnaturalistas, como nos mostra A. Kaufmann³², tais como o *neopositivismo* (H.U.Evers), o *funcionalismo* (Niklas Luhmann, entre outros), *teoria fenomenológica* (Edmund Husserl), *estruturas lógico-objetivas* (Hans Welsel) e o *neohegelianismo* (Julius Binder), além das correntes formais (*teoria analítica, teoria das normas, lógica jurídica, tópica, retórica*), entre outras. Em todas elas o traço comum é a tentativa de buscar *algo indisponível* no direito, algo que se possa contrapor à injustiça da norma e às arbitrariedades do Estado. Destas, destacamos três (não por serem mais importantes, e sim representativas), a seguir delineadas.

4.1. Fundamento axiológico

Com fundamento na filosofia axiológica material³³, desde logo foi a tentativa, baseada sobretudo no pensamento jurídico alemão (e não por acaso, como visto acima) de procurar um fundamento, uma razão de validade para o Direito que não fosse o texto da lei ou do sistema jurídico normativista.

Seguem aqui duas linhas de pensamento: na primeira, esse pensamento vai buscar nos **valores** tal razão. Não mais uma ontologia ou onto-antropologia, mas uma *axiologia material*, como a viam Scheler³⁴ e E. Von Hartmann. No entanto, seu mais ilustre defensor foi Gustav Radbruch³⁵, que antes defendera o positivismo, no qual via a validade do direito na própria norma, em nome e sobre o alicerce da segurança, e que agora passara a defender um direito “supralegal”, que buscava o sentido fundamental da justiça. Seria esse o critério de validação legal, pois a violação desse direito poderia levar ao reconhecimento de uma lei positiva como não direito legal (Unrecht).

No prefácio da primeira edição, em que também traduz o livro de Radbruch, vale a transcrição da análise de Cabral de Moncada:

O professor Radbruch é um representante da chamada Filosofia dos valores (*Wertphilosophie*), muito em voga na Alemanha, inclusive nos domínios do direito filosófico e da jurisprudência. Filia-se na escola de Baden, também chamada sudocidental alemã, onde teve por principais inspiradores do seu pensamento filosófico os três grandes mestres dessa escola, que foram Windelband, Rickert e Lask. E que é a Filosofia dos valores? Certamente, a Filosofia dos valores e da cultura não se limita aos três nomes que acabamos de referir. Nem tão-pouco é uma doutrina

pelo Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares, p. 36-37.

32. KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, tradução de Marcos Keel. Fundação Gulbenkian, Lisboa, 2002, p. 126-133.
33. Aqui entendida como *Teoria dos Valores*, com a cunhagem que lhe deu E. Von Hartmann em *Grundriss der Axiologie*, 1908. De acordo com Abbagnano, *Dicionário*, p.101.
34. O termo *Material* em Scheler não é matéria, e sim algo consistente, permanente, não sendo obrigatoriamente material, conforme Robert Sweeney, in Husmain, Denis. *Dicionário dos Filósofos*. Tradução de equipe liderada por Cláudia Berliner. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2001 p. 884.
35. A riqueza do pensamento de Radbruch faz com que os autores não tenham consenso sobre o mesmo. Enquanto alguns o veem como representante do neojusnaturalismo pós-guerra (Cabral de Moncada), outros o colocam na gênese do movimento de superação da dicotomia direito natural *versus* direito positivo, ainda em evolução em nossos dias, como, *vg.*, Kaufmann (*op. cit.*, p. 135).

filosófica que se deixe aprisionar e definir cabalmente dentro duma orientação sistemática única e fechada. O dogmatismo não é o seu forte. É uma orientação geral, principalmente metodológica, de contorno esfumados, um amplo movimento de ideias, mais que uma doutrina, ou como que um largo rio de margens indecisas que, embora tenha uma nascente bem determinada – o idealismo transcendental de Kant – todavia conduz, como a próprio Kantismo, às mais variadas atitudes e posições filosóficas. Fundada por Windelband e Rickert, paralelamente ao chamado movimento neokantiano de Marburgo (Cohen e Natorp), não tarda em tomar pouco depois as mais variadas direções. Se a vemos permanecer *idealista* em *Epistemologia* com Rickert, vêmo-la tornar-se *fenomenológica* com Max Scheler³⁶, *realista* com William Stern, e até *metafísica* com Münsterberg. Além disso, ramificações e derivações num sentido hegeliano não faltam também, como as representadas por Max Ernest Meyer e Munch. Em todo o caso e apesar destas diferentes modalidades de orientação e desenvolvimento, sobretudo marcadas pela diversa posição em face do problema do conhecimento, há em todas elas também um fundo comum de atitude inicial perante este problema, e principalmente de atitude metodológica, que permite contrapor a dita corrente, como um todo, a outras correntes de ideias deste século e descrevê-la, embora só nos seus traços mais gerais. Na essência, qualquer que seja a orientação que se considere, a *Filosofia dos valores parte da rigorosa distinção, que reputa indispensável fazer, entre “realidade” e “valor”, entre “ser” e “dever ser”, entre natureza e cultura*. É nisto que reside o chamado dualismo do seu método, em oposição ao monismo metodológico dos que negam os problemas de valor como problemas específicos, ou dos que crêem poder tratá-los ou resolvê-los como se tratam e se resolvem os problemas da realidade. Poderá acontecer que na essência das coisas, em última análise, os problemas de valor e os da realidade afinal se não separem totalmente num mais elevado plano metafísico e religioso; mas o que é sempre preciso é distingui-los, pelo menos metodologicamente no início de todo o estudo, duma maneira nítida e completa³⁷.

Ao contrário da escola de Marburgo, nesse ponto, também constituída por neokantianos, para os adeptos da escola sudocidental, o pensamento não cria por si só o seu objeto, mas acima dele há necessariamente *alguma coisa* em harmonia com a qual o pensamento se move e se rege, em ordem a atingir o valor da verdade. Trata-se de algo não transcendente, mas um dever-ser puro, um valor. Aplicado ao direito, tal ideia receberá também (e ainda) o nome de *direito natural*.

Na segunda linha de pensamento, de natureza axiológica, há um novo componente: a fenomenologia³⁸, agora simultaneamente com a axiologia.

Segundo Castanheira Neves³⁹, o principal colaborador desta restauração jusnaturalista, com essa componente, foi H. Coing, ao identificar o “direito natural” aos “princípios superiores

36. Na fenomenologia de Scheler o valor é algo intencional, um produto da subjetividade humana: “a coisa em si”. Idem nota anterior.

37. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácios de L. Cabral de MONCADA. 6. ed. Arménio Amado (Ed.). Coimbra, 1997, p. 14-15. (grifamos em itálico).

38. Embora tenha tido a expressão, ao longo da história (desde Wolff), diversas conotações, é aqui entendida em seu sentido atual, ou seja, aquele dado por Husserl em *Investigações Lógicas* (1900-1901, II, p. 3 ss), ou seja, ciência de essências (eidética), a transformação (redução) dos fenômenos em essências. ABBAGNANO, *Dicionário*, p. 438.

39. CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise atual da filosofia do direito*.

ou fundamentos do direito”. Além de superiores, tais valores são anteriores aos fluxos das contingências históricas, já que essências absolutas, independentes da vontade humana e, como já visto, das flutuações da história.

Em Portugal (com iniciativa mesmo de professores da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), Cabral de Moncada já convocava um novo direito natural, não mais cosmológico, teológico ou racionalista, como visto em tópicos neste trabalho, mas axiológico, fundado na essência objetiva dos valores. Esse jusnaturalismo de valor seria, assim, a afirmação de um “super-positivo conteúdo axiológico ou ético-material (uma pré-dada ordem de valores), enquanto fundamento constitutivo do direito”⁴⁰. Deve ser, entretanto, realçado que essa visão, para esse notável professor de Coimbra, era uma leitura nova (atualizada) do direito natural dos teólogos cristãos e católicos. Seria mesmo um neocristianismo não assumido⁴¹.

Ao influxo dessas ideias, a reflexão jurídico-filosófica voltava a ser fundamentalmente normativa, e não apenas de intenção regulativa, com reflexos inclusive na jurisprudência alemã da época.

4.2. Fundamento na “natureza das coisas”

Além da linha de pensamento voltada para a restauração do direito natural através de reflexão axiológica, também se instaurou o que chegou a ser “tema da moda” em razão de tanta discussão, ou seja, a convocação da “natureza das coisas”⁴² como suporte para o fundamento de um direito positivo ou para a validade das normas positivas⁴³. Num primeiro esboço, podemos dizer que é a corrente de pensamento que entende que o *Ser* deve ser visto como fundamento para o *Dever-Ser*. Exatamente aquilo que Kelsen mais combateu, baseado no criticismo de Kant, e que agora voltava à baila com insistente força.

A expressão vem sendo usada há muito tempo, com maior insistência no âmbito jurídico. Se olharmos para a história do direito natural, como expressa em síntese neste trabalho, podemos ver que essa exigência de um direito que seja “natural” deve estar, obviamente atrelada à... natureza! Seja do cosmos, seja do homem, seja das coisas. Assim, é necessário frisar que o termo “natureza das coisas”, aqui, diz respeito a uma corrente específica do pensamento jusfilosófico após o período da II Grande Guerra, na reação já acima delineada quanto ao falhado positivismo legalista.

Segundo A. Kaufmann, foi sem dúvida essa corrente que fecundou com maior influência a mais recente filosofia do direito, documentada em extensa literatura. Mário Bigotte Chorão diz o seguinte: “Em especial nas últimas décadas, aproximadamente a partir da II Guerra Mundial, verificou-se um renomado interesse da N.C., que se tornou ‘uma espécie de inevitável *leitmotiv*

40. MONCADA, Filosofia do Direito e do Estado, p. 301.

41. BRANDÃO, A. J. A caminho de um novo direito natural. *Revista Portuguesa de Filosofia*. vol. I. Braga, 1945, p. 378-379.

42. Segundo Castanheira Neves, *A crise atual da filosofia do direito*, p. 44: “E a que se ligavam dois objectivos diferentes: tanto o objectivo filosófico-jurídico de encontrar nessa “natureza das coisas”, mais do que no “direito natural”, o radical fundamento ontológico da normatividade jurídica e do mesmo passo da sua validade, como o objectivo dogmático de identificar na mesma “natureza” já uma fonte, já um critério materialmente decisivos para as soluções normativo-jurídicas”.

43. Aqui refere-se à positivação das normas em sentido *lato*, vale dizer, tanto nos países de tradição legislativa escrita, quanto naqueles de experiência constitucional jurisdicional, onde o positivismo é do tipo histórico.

ou *ritornello* na ciência e na filosofia do nosso tempo' (Recaséns)⁴⁴. O próprio Radbruch havia recorrido à “natureza das coisas”, mas como “forma de pensamento” e não no sentido neokantiano, devendo esta “forma” atenuar o dualismo metódico de ser e dever-ser (que ele havia defendido em sua primeira fase).

Embora sem qualquer apelo metafísico, no sentido cosmo-teológico de ser, buscava-se agora um fundamento para o direito que fosse percebido exteriormente à norma, oriundo da própria essência das coisas ou dos fatos regulados. Um exemplo disso é dado por Larenz⁴⁵ no que diz respeito à responsabilidade jurídico-civil ou penal do homem em relação ao seu grau de maturidade, seja criança, seja adolescente, seja adulto, ou ainda à restrição de responsabilidade do herdeiro quanto à herança recebida, e assim por diante. A natureza das coisas é um critério teleológico-objetivo de interpretação, sempre que não se possa supor que o legislador tenha querido desatendê-la.

É natural esse direito, ou assim considerado apenas porque não é na norma que está o fundamento da justiça, mas na natureza corpórea das coisas ou anímica do homem, que ou não são mutáveis ou o são dificilmente e em períodos longos, razão pela qual devem ser tidos em conta pelo direito. Embora essa “natureza das coisas” deixe constantemente margem para as mais variadas possibilidades de configuração (e aí haveria uma sua fraqueza – ou não?), excluiu aquilo que não está na sua própria natureza. Por isso é de grande importância em ordem à ponderação de bens no caso concreto⁴⁶.

Castanheira Neves analisa finalmente (já criticamente) da seguinte forma:

a invocação da “natureza das coisas” traduziu no pensamento jurídico uma atitude análoga à que no pensamento filosófico geral exprimia o princípio husserliano *Zurück zu den Sachen selbst*, e com a qual se esperava vencer definitivamente e em termos mais modernos o positivismo jurídico. E de dois modos: pela referência, como já foi dito, a um fundamento ontológico-jurídico que, enquanto tal, se revelaria metapositivo e se imporia indisponível à legislação e a qualquer voluntarista decisão jurídica – tal como através do direito natural, no seu sentido clássico, também através da natureza das coisas se queria igualmente pensar o ser como fundamento do dever-ser – só que (e é já o segundo modo) não convocando, como naquele direito natural, um ser, se não necessariamente geral-abstracto, pelo menos de uma intencional universalidade supra-real e nesse sentido ideal, metafísico ou “utópico”, e sim um ser concretamente ordenado quer em “pré-formas” essenciais da realidade humana, quer em termos mundanal e socialmente típico-concretos ou institucionalmente específicos, quer segundo estruturas categorialmente fundamentais. As “coisas” cuja “natureza” assim se intencionava revelar já em si, no seu modo de ser concreto, um sentido normativo (teleológico-normativo) que, nesse seu específico sentido ontológico de projecção normativa, se impunha como indisponivelmente vinculante – as “coisas” manifestariam em si, na sua “natureza”, a sua própria *nomos* (e o seu próprio *telos*)⁴⁷.

44. Verbete natureza das coisas. In: *Polis: Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*. Lisboa: Editora Verbo, p. 582-594.

45. LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, p. 595.

46. *Ibid*, p. 596.

47. Conforme CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise atual da filosofia do direito*. Texto até o momento não publicado, distribuído durante lições proferidas no Curso de Mestrado, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 2002, pelo Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares, p. 44.

Quem elevou esta “natureza das coisas” ao nível de fonte do direito foi Werner Maihofer, que, oriundo do existencialismo de Martin Heidegger (1889-1976), compreende essa “natureza” como fonte de um direito natural concreto⁴⁸. Enfim, uma corrente de pensamento que pode ser vista inclusive como gênero de todas as demais correntes jusnaturalistas, na medida em que o apelo ao supralegal e ao indisponível se faz sentir de forma mais vigorosa.

4.3. Existencialismo jurídico

Ainda na esteira das lições de Castanheira Neves, pode ser vislumbrada uma terceira linha de pensamento, que só de certa forma pode ser entendido como restauracionista, pois nunca pretendeu essa ideia ou mesmo intencionou tal feito, relativamente ao direito natural. Trata-se, nesse contexto, de uma perspectiva nova, baseada numa reflexão filosófica surgida no século XX, ou que nele encontrou expressão: o Existencialismo⁴⁹. Embora tenha uma pluralidade de tendências, desde o ateísmo de Sartre e Heidegger ao Cristianismo de Jaspers e Gabriel Marcel, todas partem de um dado fundamental: a *existência precede a essência*. O Homem primeiro existe, surge no mundo e só depois é que se define. Se Deus não existe, há pelo menos um ser no qual a existência precede a essência, que é o homem. O homem inicialmente não é nada. Será alguma coisa como a si próprio fizer⁵⁰.

Dois orientações principais podem ser resumidas. A primeira baseada nas ideias de Heidegger sobre a existência (Dasein), e a segunda considerando a dimensão da historicidade, nas ideias de Sartre e Jaspers (apesar de que Heidegger também considerava a historicidade), embora com matizes diferentes, pois esses expoentes do Existencialismo partiam de uma diferente ideia sobre Deus: o primeiro O negava e o segundo O admitia.

Para Heidegger, o *modo-de-ser* do homem se faz como *ser-no-mundo*, com sua finitude, sendo este o sentido radical, o fundamento para uma nova *ontologia humano-social*. O direito teria por base essa *onto-antropologia* que por ele seria assimilada.

Já para Sartre e Jaspers, a historicidade da existência humana seria componente dessa intencionalidade, ou, noutras palavras, a juridicidade poderia ser vista como projeto histórico-social do homem sobre si próprio. Antes da essência, a existência histórica, concreta, socialmente coexperimentada. Assim, os fundamentos do direito estariam radicalmente constituídos nessa humana dinâmica histórica.

Agora o direito não seria “natural” por um fundamento *a priori*, absoluto e humanamente indisponível, mas *como resultado de uma dialética entre condições humanas vividas em*

48. Conforme Dier Natur der Sache, apud KAUFMANN, *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, p. 131.

49. Conforme Ives Gandra Martins Filho, Manual... p. 301-307, e correndo o risco da redução, por simplificação, de corrente tão rica em pensamentos e divergências internas, pode-se conceituar o existencialismo como *a corrente filosófica que surge na Europa após a 1ª Guerra Mundial (antecedida no século XIX por Kierkegaard) e se expande principalmente após a 2ª Guerra Mundial, retractando e transmitindo a angústia e a dilaceração que os dois conflitos mundiais deixaram na humanidade. Ao contrário do optimismo próprio do idealismo, do positivismo e do marxismo, caracteriza-se por um pessimismo em relação a qualquer sistema. Valoriza apenas o homem singular, preocupando-se com sua existência e as possibilidades que apresenta (não o ser, mas o poder ser), mas concluindo pelo absurdo após a representação a existência humana. Representa uma renúncia à metafísica das essências, buscando algo absolutamente novo, que todos sintam, mas que acaba flutuando no ar*. Seus principais representantes são Martin Heidegger, Karl Jaspers, Jean-Paul Sarte, Maurice Merleau-Ponty e Gabriel Marcel.

50. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 343.

sociedade e decisões projectantes dessa mesma humanidade. O próprio homem assume uma intenção histórico-constitutiva, de forma normativa para seu futuro.

Vários representantes podem ser citados para as duas correntes de pensamento. Na linha de Heidegger, especialmente W. Maihofer, e na linha sartreana, especialmente Fechner e João Baptista Machado (em Portugal).

Se for possível transmitir numa expressão o que preconizaram os pensadores denominados existencialistas (ainda que de forma discricionária e não unânime), diremos que em Kierkegaard predomina a angústia do ser; em Heidegger, a miséria do ser; em Jaspers, a náusea do ser; em Sartre, a liberdade do ser; em Merleau-Ponty, a linguagem do ser; em Albert Camus, o ser-e-a-morte; em Gabriel Marcel, a esperança do ser; e, finalmente, em Nietzsche, o ser histórico⁵¹.

Comum em todas essas perspectivas é a negação de que a Norma seja seu próprio critério de validade. Pode-se assim, ainda que analogamente, alinhar esse existencialismo jurídico com a ideia recorrente de direito natural, entendendo-se esta em seu sentido mais amplo.

4.4. Novo declínio do direito natural

Nas palavras de Castanheira Neves,

[...] Prometia, pois, o panorama filosófico-jurídico nas duas primeiras décadas após a segunda guerra mundial. Só que cedo feneceu essa *vis* que parecia tão forte. Não sem que continuassem a proliferar as reflexões filosóficas sobre o direito; mas sem uma orientação definida, e as mais das vezes dispersas e fragmentárias, eram elas incapazes de um protagonismo fundamental e regulativo. Pelo que não tardou que o positivismo jurídico, com a sua tradicional atitude antifilosófica, voltasse ao papel de perspectiva dominante do pensamento jurídico [...]⁵².

Após perguntar por que falharam, este mesmo autor responde: a primeira e a terceira eram incompatíveis entre si, e a última – existencialista – contribuiu para o declínio da primeira, enquanto a segunda (natureza das coisas) estava pouco favorável ao contexto cultural da época, limitando-se a circunstâncias que a determinaram. Enfim, o que se queria no direito natural era tão cheio de significados diferentes que acabava por gerar ambiguidades incontornáveis.

Para além disso, contra o absoluto dogmático que essas correntes tentavam impingir atuava um

forte pluralismo de sociedades do pós-guerra, que não só se sincronizava com a radicalidade de uma “razão crítica” (ou “teoria crítica”) então aparecida, como rapidamente se converteria num **céptico relativismo**, que a seu modo continuava o niilismo filosófico de oitocentos e a que depois sucederia ainda o característico niilismo pós-moderno. (p. 47).

Some-se à crítica de que **a natureza das coisas possuía uma visão a-histórica** que lhe retirava a base de sustentação. Por outro lado, também esses movimentos de restauração do direito natural exigiam uma normatividade material universal, que foi combatida desde a visão

51. GIORDANI, Mário Curtis. *Iniciação ao existencialismo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, p. 6.

52. CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise atual da filosofia do direito*, p. 46.

medieval de autonomia da *Lex* à moderna jusracionalista legalista ou sistemático-conceitual, ou seja, um repúdio em geral do abstrato normativismo que acabaria por também repudiar o agora normativismo jusnaturalista.

Não obstante, o direito natural buscou uma resposta a essas questões, tentando coincidir o direito natural concreto com o direito natural histórico; tentando ser o direito natural uma fundamentação axiológica e cultural, ética e humana, crítica e racional do direito como tal (sentido de validade e obrigatoriedade do direito); voltando à ideia medieval de distinção entre *ius e lex naturalis*; e, ainda, a identificação do direito natural com a solução prática da jurisprudência.

Ainda explicitando os motivos do não êxito das ideias neojusnaturalistas, prossegue Castanheira Neves:

Quanto à “natureza das coisas” na sua expressão típico-institucional, e qualquer que fosse a base ontológica que para elas se convocasse – já a clássica e teleológica *ordo rerum*, já a existencial estruturação das formas de coexistência –, teria também de reconhecer-se que ela não oferecia o fundamento último, originário e necessário, ou o radical fundamento constitutivo, da normativa juridicidade. Pois embora devendo afastar-se a compreensão puramente instrumental das instituições histórico-sociais e co-existenciais e se tenha por inegável uma particular auto-subsistência de núcleos institucionais a imporem o pólo do pré-dado perante o pólo da autónoma determinação projectante na dialéctica constituinte da *praxis* humano-histórica – que sempre se dinamiza na relação entre um pré-dado e um “proposto” (*Aufgegeben*), entre a objectividade e a subjectividade, entre a “institucionalidade” e a “personalidade”, entre a “natureza das coisas” e a “determinação do homem” –, o certo é que essa institucionalidade pré-dada ou objetiva, oferecendo uma certa “natureza” ou susceptível de uma determinação ontológica (o “ser” do Estado, o “ser” da família, o “ser” do tribunal etc.) que no seu objetivado sentido justamente institucional encarna uma “ideia” (Hauriou) ou uma prática intencionalidade normativa, não manifesta todavia um ser em si e por si, um ser autárquico originário e último: é antes a manifestação de um *tertium genus*, a expressão histórico-dialéctica justamente da conversão da subjectividade na objectividade, do “espírito subjectivo” no “espírito objectivo”, que a mesma dialéctica sempre também superará no transcender constituinte da objectividade pela subjectividade. Nem meras realidades instrumentais, nem um último ser autárquico, mas objectividades prático-culturais com o sentido que essa dialéctica permite compreender. Em termos de se poder dizer assim que a natureza institucional (a “natureza das coisas”) não é um *originário prius* mas um *posterius*, não o “último”, mas o “penúltimo”, **sendo verdadeiramente o último e o originário a *transcendens* e projectante auto-determinação do homem**. E só o tradicional, pré-crítico e pré-existencial, dualismo objecto/sujeito, responsável pela metafísica dicotomia *res extensa/res cogitans*, ser e consciência (subjectividade), impunha que continuamente se oscilasse, na intenção fundamentante, entre o “em si” ou o essencial e substancialista ser objectivo e o “para si” puramente autónomo da consciência (e vontade) subjetiva⁵³. (grifo nosso).

A situação não mudou radicalmente desde então, conforme opinião do citado autor:

53. CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise atual da filosofia do direito*, p. 52-53.

[...] Não poderá ser outra, na verdade, a perspectiva da filosofia do direito nos nossos dias. Simplesmente não foi isso compreendido, pelo menos em termos dominantes, ao tempo a que nos estamos a reportar. Pelo contrário, nas décadas de 70 e seguintes e como resultado da conjugação de diversos factores culturais que fortemente repercutiram no universo jurídico, de novo se verificou aí uma atitude anti-filosófica — e no sentido agora, não da superação, mas da substituição[...]⁵⁴

A situação atual do direito natural ou, noutros termos, do problema do indisponível no direito, computando-se as duas décadas finais do século XX, mantém-se, quer nas correntes normativistas-legalistas, quer naquelas de cunho funcionalistas, quer, ainda, naquelas de tipo jurisprudencialistas, que representam, grosso modo, as principais correntes do pensamento jurídico no Mundo Ocidental. **O movimento da “moda” parece ser o do reconhecimento dos Direitos Fundamentais do Homem, tais como expressos na carta da ONU (1948), como a enunciação dos princípios fundamentantes de toda ordem jurídica.** Neste sentido, há certo consenso, embora não se tenha a aplicação deles, seja na realidade de seus estados-membros, seja (principalmente) nas relações internacionais (vide invasões, guerras etc.).

Apesar de “reduzida hoje pela compreensão da ‘existencial historicidade do ser a da *praxis* humanos’, numa ‘filosofia prática que assumisse crítico-reflexivamente e crítico-fundamentantemente o sentido autoconstituente da *praxis*’, e justamente no seu esforço auto-poietico pelo sentido e a validade”⁵⁵, pensamos ainda haver lugar para o direito natural em formulação metafísica segundo uma avaliação da natureza humana que conduz a resultados que, em Kant, já se encontrava equivocadamente concluída.

Em nossa opinião, tal fracasso da superação da dicotomia jusnaturalismo-juspositivismo também se insere, **de um lado**, nos rumos histórico-econômicos em que o mundo se viu envolvido (e mesmo a filosofia do direito, embora seja ela continente, não ficou imune à força irresistível da ideologia liberal “e neoliberal”, sempre crescente desde a segunda metade do século XX, forçando todo pensamento jurídico para o materialismo econômico das classes dominantes, com sua vertente realista norte-americana impondo-se “na prática dos mercados”) e, **de outro lado**, pelo distanciamento do direito natural da própria metafísica, desde que dela se afastou na Idade Moderna, renunciando aos elementos do sentimento religioso (antropologicamente considerado) em detrimento da “razão científica”, assumindo equivocadamente que só aquilo que a razão pode perceber pode ser conhecido, aferindo-se o normal não pelas exigências da plenitude do ser, mas pelo que é simplesmente fenomênico e lógico, “decorrendo o normal de puros princípios abstractos de razão ou de determinações fácticas e chegando a confundir-se com o que é ‘ordinário’ ou ‘corrente’ na prática social”⁵⁶.

Sem esquecermos da visão antropológica, nos moldes em que nos é sugerida por Castanheira Neves (não uma antropologia do homem como pensado nos pressupostos jurracionalistas, mas aquele homem em que de sua

histórico-cultural prática humana e de corresponsabilizante coexistência uma específica intencionalidade à validade em resposta ao problema vital do sentido,

54. CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise atual da filosofia do direito*, p. 60.

55. *Ibid.*, p. 59.

56. BIGOTTE CHORÃO, M. *Polis: Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*. Lisboa: Editora Verbo, p. 590.

e estruturalmente constituída pela distinção entre o humano e o inumano, o válido e o inválido, o justo e o injusto, intencionalidade que refere sempre e convoca constitutivamente na sua normatividade certos valores e certos princípios normativos que pertencem ao *ethos* fundamental ou ao seu epistémico prático de uma certa cultura numa certa época.)⁵⁷,

não nos rendemos à ideia de que não há espaço para a metafísica, nos termos como pensada pelo jusnaturalismo antigo greco-romano, para dar aos direitos humanos o conteúdo e a consistência da axiologia absoluta e da democracia plena e ética, trazendo à tona os subsídios das ciências humanas hoje disponíveis, considerando aquelas luzes trazidas pela revelação, como, por exemplo, as existentes nos diversos códigos religiosos.

57. CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise atual da filosofia do direito*, p. 157: “É que o direito não é tudo na realidade humana, mas é uma dimensão capital, e irrenunciável, da humanidade do homem: por quê, para quê e com que fundamento se manifesta humanamente essa específica, autonomamente específica, dimensão humana? O homem não necessita ser pensado para o ser, mas só pensando-se o homem a si mesmo se assume como homem – que a filosofia do direito concorra para esse pensar-se o homem na sua humanidade.”

Reflexos do avanço da tecnologia e da globalização nas relações de trabalho: novas profissões e métodos de execução do trabalho

Parte II

Vólia Bomfim Cassar¹

Em virtude da extensão deste artigo, a primeira parte foi publicada na Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região nº 47 (janeiro/junho 2010).

5. Direito à desconexão

A lei considerou como sobreaviso o tempo que o ferroviário permanecer em sua casa aguardando o chamado para o serviço, devendo este tempo durar, no máximo, 24 horas e ser remunerado na razão de 1/3 da hora normal (§ 2º do art. 244 da CLT).

Preferiu o legislador amenizar os efeitos do art. 4º da CLT, pois não concedeu a paga da hora cheia, mas apenas de 1/3 da hora normal. Isto se explica porque, apesar de limitado o direito de ir e vir, o trabalhador permanecia no conforto de seu lar, aguardando o chamado do patrão, e, por se tratar de atividade pública essencial à população, passível de imprevistos.

A jurisprudência estendeu o direito ao sobreaviso ao eletricitário, na razão de 1/3 da totalidade das parcelas de natureza salarial, por aplicação analógica do art. 244, § 2º, da CLT – Súmula 229 do TST.

Quando o trabalhador fica obrigado a portar qualquer tipo de comunicador, telerrádio, BIP, celular, *pager* ou *laptop* para ser encontrado, chamado ou conectado, mesmo que vez ou outra, seja para trabalhar, seja para resolver problemas da empresa a distância, terá direito à remuneração deste tempo à disposição. Isto se explica porque não se pode comparar o empregado que, ao final da jornada, pode se desligar do trabalho e relaxar com aquele que, apesar de ter saído do ambiente de trabalho ao final da jornada, ainda leva consigo um prolongamento do ofício, tendo que responder com habitualidade aos chamados do empregador. Da mesma forma, Alice Monteiro de Barros².

Além da remuneração pelo “tempo à disposição” ou de sobreaviso, tem o trabalhador o direito fundamental ao descanso, sem os incômodos da modernidade nem de ter sua intimidade e privacidade invadida.

-
1. Juíza do Trabalho Titular da 75ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, mestre em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (Unesa), doutora em Direito e Economia pela Universidade Gama Filho (UGF), pós-graduada em Direito do Trabalho e em Processo Civil e Processo do Trabalho pela UGF, professora do Metta Cursos Jurídicos e autora de obras e artigos.
 2. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 973.

O direito à “desconexão” foi apontado por Souto Maior³ como direito fundamental do trabalhador ao repouso e à privacidade, uma vez que o total afastamento do ambiente de trabalho e dos problemas decorrentes preserva os momentos de relaxamento, de lazer, o tranquilo convívio familiar, o ambiente domiciliar etc. São bem recebidas as medidas que impedem as novas técnicas invasivas que penetram na vida íntima do empregado.

Souto Maior⁴ esclarece o seguinte:

Ao falar em desconexão faz-se um paralelo entre a tecnologia, que é fator determinante da vida moderna, e o trabalho humano, com o objetivo de vislumbrar um direito do homem de não trabalhar ou, como dito, metaforicamente, o direito a se desconectar do trabalho.

Mas, esta preocupação é em si mesma um paradoxo, revelando, como dito as contradições que marcam o nosso “mundo do trabalho”.

A primeira contradição está exatamente com a preocupação com o não-trabalho em um mundo que tem como traço marcante a inquietação com o desemprego.

A segunda, diz respeito ao fato de que, como se tem dito por aí à boca pequena, é o avanço tecnológico que está roubando o trabalho do homem, mas por outro lado, é a tecnologia que tem escravizado o homem ao trabalho.

Em terceiro plano, em termos das contradições, vale notar que se a tecnologia proporciona ao homem uma possibilidade quase infinita de se informar e de estar atualizado com o seu tempo, de outro lado, é esta mesma tecnologia que, também, escraviza o homem aos meios de informação, vez que o prazer da informação transforma-se em uma necessidade de se manter informado, para não perder o mercado no mercado de trabalho.

Portanto, o direito à desconexão ou ao não trabalho perpassa por quatro elementos: o estresse enfrentado pelo trabalhador por ter que se manter o tempo todo atualizado, causando além da fadiga mental, em alguns casos, o vício (doença relacionada ao trabalho); o direito ao descanso sem reflexos do trabalho (reposição das energias e higiene mental); o direito à privacidade e intimidade⁵; direito a trabalhar menos, ou ao limite de trabalho (direito à saúde⁶).

Além disso, alguns aparelhos ou ferramentas de trabalho limitam o direito de ir e vir do empregado, pois não funcionam em determinados pontos ou localidades. Mesmo que se argumente que a limitação é bem mais amena e suave que a preconizada pelo art. 244, § 2º,

3. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 23, 2003. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf>. Acesso em: 17 set. 2008.

4. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18466/Do_Direito_%C3%A0_Desconex%C3%A3o_do_Trabalho.pdf?sequence=2>. Acessado em: 04 dez. 2009.

5. Fere a intimidade o monitoramento do empregado em áreas reservadas ao lazer, em banheiros. Da mesma forma, a violação de correspondência eletrônica particular. A jurisprudência tem aceitado a invasão de email corporativo, isto é, fornecido pelo próprio empregador (TST – RR: 613/2000-013-10-00 – Rel. Designado: Ministro João Oreste Dalazen. DJU 10/6/2005).

6. A integridade física e psíquica do trabalhador é um direito fundamental e encontra respaldo Constitucional (art. 7º, XXII da CRFB), em normas internacionais (Convenções da OIT), na CLT (Capítulo V, Título II) e em inúmeras instruções normativas, normas regulamentares e portarias expedidas pelo órgão competente do Executivo. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) saúde “é o completo bem-estar psíquico, mental e social do indivíduo.” Apesar deste conceito ser mais idealista que realista, o importante é ter em mente que a busca deste estado de bem-estar é a premissa maior que se pretende quando se fala da saúde.

da CLT, pois o raio de abrangência dos sinais está cada vez maior, o direito de o trabalhador ao sobreaviso enquanto estiver portando o intercomunicador, rádio ou qualquer outro aparelho similar. O fato de não permanecer em casa aguardando ordens, nos moldes da lei, como ocorria com os antigos ferroviários, não afasta uma interpretação histórico-evolutiva e extensiva do dispositivo legal em estudo. O desconforto por ficar preocupado (ligado, conectado) todo o tempo com a área de atuação do aparelho, com o sinal, com o local onde está, com os chamados não atendidos, com os problemas que terá que resolver a distância, deve ser remunerado ou indenizado. Acresce mais que esta garantia também decorre do art. 4º da CLT, cujo efeito excepcionalmente foi amenizado pelo legislador para o ferroviário, por se tratar de serviço essencial à população (transporte), assim como o fez para o aeronauta. O tempo que o empregado está aguardando a chamada é de sobreaviso e como tal deve ser remunerado (1/3 da hora normal). Já os chamados em si, isto é, o lapso temporal em que o trabalhador fica ao telefone, no computador ou intercomunicador resolvendo problemas da empresa são tempo de trabalho. Se este tempo à disposição ultrapassar o limite legal ou contratual, será considerado como extra.

Em sentido contrário, Sérgio Pinto Martins⁷, entende que o modelo contido no art. 244 da CLT se aplica apenas às limitações de ir e vir mais acentuadas, isto é, quando o trabalhador tiver de permanecer em casa aguardando ordens. Esta também é a posição de Arnaldo Süssekind⁸, que defende que as horas de sobreaviso não se aplicam ao trabalhador que usa BIP, enquanto aguarda o chamado, por ter liberdade de se locomover, salvo se tiver que permanecer em algum local aguardando o chamado.

Aparentemente, a jurisprudência não acolheu nossa tese, pois a OJ 49 da SDI-I da TST considerou que o uso do BIP não enseja sobreaviso.

6. Preservação da intimidade e privacidade

De acordo com o Dicionário Houaiss⁹, intimidade é a “qualidade ou caráter do que é íntimo à vida doméstica, cotidiana [...] ambiente onde se tem privacidade [...]; relação muito próxima [...]” e privacidade “vida privada, particular, íntima”.

Todavia, há autores¹⁰ que diferenciam intimidade de privacidade. Afirmam que enquanto aquela se refere ao que ocorre no íntimo do trabalhador, em sua casa, no seu corpo, na conversa particular e na correspondência, esta relaciona-se ao convívio social, ao relacionamento com amigos. De qualquer sorte, a violação a estes dogmas causam dano moral, sofrimento e constrangimento.

Dispõe o art. 5º, V, da CRFB: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Parece, pela forma redigida pelo legislador, que a Constituição distinguiu o dano moral do dano à imagem (e segundo alguns, limitando nestas espécies o dano moral), pois mencionou três tipos de danos no inciso V.

7. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 469.

8. SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, v. 2, 2000, p. 907.

9. HOUAISS, Antônio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa* 3.0 em DVD, 2009. Acessado em 4/12/09.

10. Neste sentido João Lima Teixeira. SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, v. 2, 2000, p. 806.

Por outro lado, o art. 5º, X, da Constituição menciona que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Desta forma, dano moral “é o resultado de uma ação, omissão ou decorrente de uma atividade de risco que causa lesão ou magoa bens ou direitos da pessoa, ligados à esfera jurídica do sujeito de direito (pessoa física, pessoa jurídica, coletividade etc.). É o que atinge o patrimônio ideal da pessoa ou do sujeito de direito.”¹¹.

Há procedimentos que podem ofender a intimidade e a privacidade, tais como interceptação da correspondência eletrônica (*e-mail*) do empregado, escuta desautorizada de suas conversas telefônicas durante o expediente, monitoramento do ambiente de trabalho através de instalação de câmeras etc.

6.1. *E-mail* corporativo

Uma das formas de agilizar a comunicação dentro do ambiente de trabalho, de otimizar a rapidez no envio das ordens, tarefas e metas, de atingir o maior número possível de trabalhadores e, ao mesmo tempo, e de baratear os custos com tais mecanismos, foi a utilização do *e-mail* (*eletronic mail*) corporativo, que significa o mecanismo de informações destinado ao recebimento e envio de mensagem para favorecer a comunicação a distância, através de meios eletrônicos criados pela informática e de endereços virtuais acessados pelo destinatário ou emitente (usuário) por computadores ou telefones multiuso. Será corporativo quando a correspondência eletrônica estiver vinculada ao trabalho e for de propriedade da empresa. Para tanto, os empregadores criam, custeiam e fornecem *e-mail* corporativo e, em contrapartida, controlam o conteúdo e a quantidade de correspondências enviadas por seus empregados.

A partir daí entram em discussão duas garantias: o poder diretivo do empregador (livre iniciativa) e os direitos à intimidade, à privacidade e ao sigilo de correspondência do empregado (art. 5º, XII, da CRFB). Havendo colisão entre princípios constitucionais a solução recomendável é a ponderação de interesses.

O empregador é dotado do poder de direção por comandar, escolher e controlar os fatores de produção da empresa. O poder de direção se desdobra em poder diretivo, em poder disciplinar e em poder hierárquico ou de organização. O primeiro se constitui na capacidade do empregador de dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando aos objetivos da empresa. O segundo traduz-se no poder que tem o patrão de impor punições aos empregados. O terceiro é a capacidade do empregador de determinar e organizar a estrutura econômica e técnica da sua atividade, aí compreendida a hierarquia dos cargos e funções, bem como de escolher as estratégias e rumos do empreendimento. A subordinação nada mais é que o dever de obediência ou o estado de dependência na conduta profissional, a sujeição às regras, orientações e normas estabelecidas pelo empregador inerentes ao contrato, à função, desde que legais e não abusivas, e decorre expressamente do artigo 2º da CLT¹².

Aliás, a expressão *subordinação* deriva do termo *subordinare* (*sub* – baixo; *ordinare* – ordenar), isto quer dizer imposição da ordem, submissão, dependência, subalternidade hierárquica.

11. CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 3.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 734.

12. Por este motivo a subordinação é jurídica e não técnica ou econômica.

Sabendo-se que o empregador é o proprietário do *e-mail* corporativo e que este é uma ferramenta de trabalho que deve ser corretamente utilizada durante a execução dos serviços, fácil é concluir que sobre ele pode existir controle para evitar o desvio de sua finalidade e o uso indevido. Convém ressaltar que sobre qualquer instrumento ou ferramenta de trabalho o empregador pode exercer o poder de vigilância e controle, principalmente sobre aqueles que ficam sob a guarda, a posse ou uso do trabalhador.

Em face do princípio da transparência e da boa-fé, valores que devem permear toda relação contratual, deve o empregador, no ato da admissão ou quando da criação personalizada e entrega do endereço corporativo, avisar ou comunicar o empregado a respeito do controle de sua correspondência corporativa, sob pena de abuso do direito¹³. Isto porque todo poder tem limite. A entrega de um endereço virtual que o próprio usuário cria e só acessa a caixa postal com sua senha personalizada pode acarretar a presunção de privacidade. O mesmo raciocínio pode ser estendido ao monitoramento visual por câmeras. As propositalmente escondidas fazem crer a existência de um ambiente privado, induzindo a pessoa a praticar atos que só o faria se estivesse sozinha, em local restrito.

O direito busca a segurança nas relações jurídicas, a previsibilidade, a transparência, e não se coaduna com sua visão ética e reta a prática de atos que ensejam interpretação duvidosa. Os comandos devem ser diretos, claros e transparentes.

Apesar dos argumentos acima, há decisão do TST em sentido contrário:

“E-MAIL” CORPORATIVO E “E-MAIL” PARTICULAR. Insta ressaltar, preliminarmente, que o correio eletrônico não é um serviço postal e o depósito de mensagens não é, tecnicamente, uma caixa postal propriamente dita. Trata-se, tão-somente, de um meio de comunicação, sendo o “e-mail” apenas um depositário de mensagens eletrônicas enviadas para um endereço virtual, como bem assinala Alexandre Agra Belmonte, em preciosa monografia sobre o tema (O Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2004, p. 64). Parece-me imperativo, a propósito, desde logo, distinguir duas situações básicas: “e-mail” particular ou pessoal do empregado e “e-mail” corporativo. No caso de “e-mail” particular ou pessoal do empregado – em provedor próprio deste, ainda que acessado louvando-se do terminal de computador do empregador – ninguém pode exercer controle algum de conteúdo das mensagens porquanto a Constituição Federal assegura a todo cidadão não apenas o direito à privacidade e à intimidade como também o sigilo de correspondência, o que alcança qualquer forma de comunicação pessoal, ainda que virtual. É, portanto, inviolável e sagrada a comunicação de dados em e-mail particular. Outra situação, a meu juízo, bem diversa, é aquela do chamado e-mail corporativo, em que o empregado utiliza-se de computador da empresa, de provedor da empresa e do próprio endereço eletrônico que lhe foi disponibilizado pela empresa, tudo para a utilização estritamente em serviço. Ilustrativamente, poder-se-ia afirmar que o e-mail corporativo é como se fosse uma correspondência em papel timbrado da empresa. O “e-mail” corporativo distingue-se do e-mail pessoal ou particular do empregado, na medida em que aquele equivale a uma ferramenta de trabalho que a própria empresa coloca à sua disposição

13. Abuso do direito é o exercício de um direito subjetivo ou de prerrogativas individuais de forma exacerbada, fora dos limites normais, que são baseados em princípios de comportamento e de direito, que importe em atos que violem a ética, a moral, a boa-fé, os bons costumes, o bem comum e a função social do direito. O artigo 187 do CC considera o abuso do direito como uma das modalidades do ato ilícito.

para utilização em serviço. O “e-mail” corporativo é disponibilizado pelo empregador ao empregado, louvando-se na confiança de que o empregado dele se utilizará em serviço e de forma adequada e ética. A senha pessoal conferida ao empregado para o acesso de sua caixa de e-mail não é uma ferramenta de proteção para evitar que o empregador tenha acesso ao conteúdo das mensagens. Ao contrário, a senha é instrumento de proteção do próprio empregador utilizada para evitar que terceiros, alheios à sua confiança, tenham acesso às informações trocadas dentro do sistema de e-mail da empresa que, muitas vezes, são referentes a assuntos interno se confidenciais. É claro que não se pode negar ao empregado a utilização comedida do e-mail (enviando uma mensagem eventual) ou da Internet (para, por exemplo, verificar saldo bancário) para fins particulares, desde que esta utilização, reitero, seja comedida e em observância da lei, da moral e dos bons costumes. Convenci-me, contudo, de que, sendo o empregador proprietário do e-mail corporativo, poderá ele exercer um controle, tanto formal (quantidade, horários de expedição, destinatários etc.) quanto material (de conteúdo), sobre o correio eletrônico. Inexiste, no Brasil, disciplinamento específico de proteção à privacidade do empregado diante da utilização do e-mail corporativo na empresa. Cumpre ser afastada, para logo, a hipótese de sigilo de correspondência em relação ao empregado, no tocante ao uso do e-mail corporativo, se não há, como aqui, razoável expectativa de privacidade. Se o e-mail é de uso corporativo, a não ser que o empregador consinta, deve destinar-se ao uso estritamente profissional. Quer dizer: nesse caso, o correio eletrônico não pode ser utilizado para fins pessoais, muito menos para provocar prejuízo ao empregador, para dar vazão à lascívia do empregado ou para cometer qualquer ilegalidade. Impende ter presente que, em caso de o empregado utilizar de forma indevida ou abusiva o e-mail corporativo, poderá a Empresa, em tese, responder perante terceiros por qualquer prejuízo, tal como sucederia com a utilização danosa de qualquer outra ferramenta de trabalho (Código Civil de 2002, art. 932, inciso III). Neste sentido, apropriada a advertência de Alexandre Agra Belmonte: “Uma das razões que levam ao rastreamento das navegações e e-mails diz respeito à associação da má utilização ao bom nome e reputação da empresa. No terreno da responsabilidade civil, não têm validade os chamados Legal Disclaimers ou avisos de isenção de responsabilidade empresarial, que remetem ao funcionário – e não à Empresa – a responsabilidade pelo envio de e-mail causador de prejuízo moral ou material. Assim como não teria valor o aviso afixado na porta de veículo funcional, informativo de que a empresa não responderia pelos xingamentos, agressões físicas ou abalroamentos ocorridos em horário de serviço, remetendo ao empregado a integral responsabilidade pelos atos. Isto porque o empregador responde, perante terceiros, pelos danos praticados pelo empregado ou preposto.” (in Monitoramento da Correspondência Eletrônica nas Relações de Trabalho, LTr, 2004, p. 113). TST – RR: 613/2000-013-10-00 – Rel. Designado: Ministro João Oreste Dalazen. DJU 10/06/2005.

Por outro lado, também constitui abuso do direito o empregado que utiliza o *e-mail* corporativo para fins ilegítimos, tais como atos de pedofilia, mensagens pornográficas etc. O patrão poderá puni-lo com a justa causa pelo uso indevido da ferramenta de trabalho.

6.2. Controle telefônico

De acordo com o artigo 5º, XII, da CRFB, “é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”.

A interceptação da ligação telefônica constitui crime e invade a privacidade do empregado, e só deve ser permitida quando prévia e formalmente avisada ao usuário.

Assim também a jurisprudência majoritária:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. IMPUTAÇÃO DE JUSTA CAUSA. GRAVAÇÕES TELEFÔNICAS. USO ILÍCITO DA PROVA. INOBSERVÂNCIA DA GARANTIA INSCULPIDA NO INCISO XII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A escuta telefônica, no caso, tinha destinação específica, que não envolvia a reclamante. Logo, o uso das gravações contra ela, por aspectos paralelos à investigação policial, não estava coberto pela chancela judicial. Daí a ilicitude de sua utilização para punir delito de natureza trabalhista, fora da tipificação do art. 492 da CLT e genericamente enunciado como quebra de fidelidade. A norma do art. 5º, inciso XII da Constituição Federal de 1988, ao garantir o sigilo das comunicações telefônicas, expressa ressalva quanto à definição dos casos e situações que ensejarão a quebra do sigilo, e remete à lei a competência para ditar os limites do procedimento. A regulamentação, constante da Lei nº 9.296/1996, enfatiza a preservação do sigilo, não permite a divulgação das gravações fora do âmbito do inquérito ou do processo criminal, manda inutilizar tudo aquilo que não interessa à prova do delito investigado. Nada justifica, portanto, a aceitação das gravações referidas em prejuízo de terceiro, que, sem qualquer envolvimento nos fatos investigados, expressou conceitos considerados ofensivos ao autor da notitia criminis ou que tão somente reverberou contra os procedimentos adotados pela empresa que, ao seu sentir revelavam prática de injustiça contra idôneo servidor. A ilicitude da prova conseguida contra a reclamante, sem atenção à regulamentação legal do art. 5º, XII da Constituição, culmina na contaminação de todos os atos processuais nela estribados. Agravo de instrumento provido. Recurso de revista conhecido e provido. TST, 2ª T, RR - 5300/2001-036-12-00, Rel. Min. Honório Senna Pires, DJ - 26/11/2004.

Entretanto, é possível a gravação de conversas telefônicas quando o trabalhador é avisado do procedimento. Normalmente isto ocorre porque o tipo de serviço oferecido pela empresa está relacionado à telefonia e a gravação resguarda direito do fornecedor do serviço contra as reclamações do consumidor. Percebe-se, mais uma vez, que a pedra de toque é a comunicação prévia, a transparência nas relações laborais.

6.3. Controle através de câmeras

O ambiente de trabalho deve proporcionar segurança e conforto mínimo ao empregado. Um ambiente amistoso favorece a maior produtividade.

Por outro lado, o avanço da tecnologia tem permitido o monitoramento interno do estabelecimento através de instalação de câmeras no ambiente de trabalho. Diversas câmeras ligadas a computadores, e algumas também à internet, que permitem o acesso a distância, têm sido instaladas nos ambientes de trabalho, seja para fiscalização dos próprios empregados e

de suas produções, seja para manutenção da segurança, para controle da entrada e saída de pessoas ou clientes ou para observação do estoque e mercadorias.

As câmeras afixadas em locais visíveis, com aviso ou não de filmagem, e direcionadas ao grupo, à ferramenta ou ao ambiente de trabalho, não ferem a intimidade nem constrangem o empregado, pois fazem parte do poder diretivo do patrão e da necessidade de controle da produção e da segurança da empresa.

O patrão excepcionalmente pode espiar o ambiente de trabalho sem prévio aviso ou exibição da câmera, isto é, de forma sorrateira, escondida. Tal medida extremada será possível quando tiver por objetivo a individualização do autor de furtos ou desvios de mercadorias ou numerário já constatados ou percebidos pelo empregador, isto é, para comprovar certas ações e comportamentos ímprobos ou desidiosos de determinados empregados.

De toda sorte, o monitoramento não pode constranger o empregado, e as imagens não podem ser indevidamente utilizadas ou divulgadas.

Ambientes privados não podem ser monitorados, tais como vestiário, banheiros, as áreas de troca de uniformes e roupas etc.

Da mesma forma tem se posicionado a jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL RECONHECIDO. RATIFICAÇÃO. Nos termos do eg. Regional, revelando-se incontroversa a instalação de equipamentos câmeras de filmagem nas dependências dos banheiros de utilização dos empregados, mais especificamente na porta de entrada dos vasos sanitários e mictórios, tal situação, por si só, gera constrangimento moral e social, caracterizando o dano moral. Incólumes, por outro lado, os artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC, eis que o v. acórdão atacado, considerando o conjunto fático-probatório, decidiu em conformidade com os referidos dispositivos legais. Por fim, inservíveis arestos quando não traduzem o mesmo panorama fático-probatório do caso *sub examine* (inteligência do Enunciado de no 296/TST). TST, 3ª T, AIRR - 1926/2003-044-03-40. Rel. Min. Ricardo Machado, DJ - 22/03/2005.

Referência bibliográfica

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 973.

_____. *Contratos e regulamentações especiais do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 507.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 36.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 3.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 734.

DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. São Paulo: Revista LTr 70-06/667.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa 3.0 em DVD*, 2009, acessado em 4/12/09.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 469.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 127.

PEDREIRA, Pinho. O teletrabalho. *Revista LTr*. São Paulo, v. 64, n. 5. maio 2000, p. 583.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. *A subordinação no contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 80.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 23, 2003. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev23Art17.pdf>. Acesso em: 17 set. 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, v. 2, 2000, p. 806.

VALENTIM, João Hilário. Teletrabalho e relações de trabalho. In: *Revista Gênese de Direito do Trabalho*. cit. p. 527.

<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18466/Do_Direito_%C3%A0_Desconex%C3%A3o-do_Trabalho.pdf?sequence=2>. Acesso em: 04/12/09.

<http://www.braznet.org/info/super_dica.htm>. Acesso em: 02 dez. 2009.

<<http://www.sitemedico.com.br/sm/materias/index.php?mat=672>>. Acesso em: 02 dez. 2009.

DECISÕES DA 2ª INSTÂNCIA

Recurso Ordinário: 0072800-55.2008.5.01.0046

Titulação: Direito do Trabalho. Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios. Salário/Diferença Salarial. Salário por Equiparação/Isonomia. Quadro de carreira.

Palavras-chave: operador de *telemarketing*, diferença salarial, dano moral, enquadramento

Turma: 2ª

Relator(a): Desembargadora Federal Aurora de Oliveira Coentro

Data de julgamento: 16/11/2010

Publicação: 25/11/2010

Diferenças salariais. Norma coletiva. Operadora de *telemarketing*.

A recorrida faz jus ao pleito de diferenças salariais, posto que logrou êxito em provar o fato constitutivo de seu direito, quanto à alegação de que exercia a função de operadora de telemarketing, percebendo salário inferior ao estabelecido na Convenção Coletiva de sua categoria profissional. Recurso a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso Ordinário, em que figuram como Recorrentes, **Renata Macedoda Silva** e **CSU Cardsystem S.A.** e, como recorridas, **CSU Cardsystem S.A.**, **Tim Celular S.A.** e **Renata Macedo da Silva**.

Recorrem a Reclamante e a primeira Reclamada, inconformadas com ar. sentença proferida pelo MM. **Juiz André Gustavo Bittencourt Villela**, da 46ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, que julgou parcialmente procedentes os pedidos (fls. 325/335).

A reclamante pretende a reforma parcial do julgado, para ver deferido o pedido de indenização por dano moral, alegando que era obrigada a pedir para ir ao banheiro, e dependia de autorização do supervisor. Sustenta que estão presentes os requisitos configuradores do dano moral, como a prática de ato ilícito ou abuso de direito, o dano propriamente dito e o nexo causal, salientando que a primeira reclamada constrangia seus empregados, fragilizando-os emocionalmente, e que a concessão de apenas cinco minutos de intervalo para ir ao banheiro constitui-se em condição degradante de trabalho a que nenhum ser humano deve ser submetido. Salienta que o depoimento de sua testemunha deixou claro o comportamento ilícito da primeira reclamada, por intermédio de seus prepostos. Transcreve jurisprudência.

A primeira reclamada também recorre, insurgindo-se contra a sentença, que reconheceu que a autora trabalhava como operadora de *telemarketing*, argumentando que ela não se desincumbiu do ônus da prova e que os documentos carreados aos autos (exame admissional e contrato de trabalho) reforçam a alegação de defesa, de que a recorrida trabalhava apenas como atendente e não como atendente de *telemarketing*, pleiteando a reforma do julgado, quanto ao deferimento da retificação de função, destacando, ademais, que a prova testemunhal deixou evidente que a autora não trabalhava como operadora de *telemarketing*, remetendo-se, ainda, à Súmula nº 12 do C.TST, quanto à presunção de validade das anotações apostas na carteira de trabalho. Aduz que a recorrida não exercia tarefas ligadas ao marketing, previstas

na Classificação Brasileira de Ocupações, não realizava teleatendimento ou qualquer atividade relacionada com o operador de *telemarketing*. Insurge-se contra as diferenças salariais deferidas na sentença, por força de enquadramento sindical, sustentando que não fez parte da elaboração da Convenção Coletiva adotada pelo Juízo de origem. Transcreve jurisprudência, além de argumentar que sua área de atuação é a prestação de serviços de assessoramento, manipulação de informações e consultoria vinculados a sistema de cartão de crédito e de débito, que também depende de teleatendimento. Enfatiza que o enquadramento do empregado está ligado diretamente à atividade preponderante desenvolvida pela empresa-empregadora; que a recorrida não pertence à categoria diferenciada, aludindo aos artigos 511, § 3º, e 577 da CLT. E, para argumentar, acrescenta que, mesmo se se tratasse de categoria diferenciada, deveria ser observada a Súmula nº 374 da C. TST. Alega que a decisão recorrida violou os artigos 8º, I e V, e 5º, XVII e XX, bem como o artigo 614 da Constituição da República. Por fim, insurge-se contra a condenação da segunda reclamada, com base na responsabilidade subsidiária, salientando que a decisão recorrida “pretende inviabilizar o moderno processo de terceirização, em que as responsabilidades se descentralizam, se dividem...”

Contrarrrazões da primeira reclamada e da segunda, a fls. 366/368 e 377/380, respectivamente.

Contrarrrazões da reclamante, a fls. 396/402.

Deixou-se de dar vista ao Ministério Público do Trabalho, por não se configurar hipótese em que se repute de interesse público a justificar sua intervenção, conforme explicitado pelo Exmo. Procurador-Chefe e Coordenador da COINTER da Procuradoria Regional do Trabalho/1ª Região, no Anexo ao Ofício PRT/1ª Região Nº 171/06-GAB, de 05.05.2006.

É o relatório.

VOTO

Os recursos estão subscritos por advogados regularmente habilitados nos autos (fls. 11 e 105), o depósito recursal e as custas recolhidos (fls. 359/360), tendo sido interpostos no prazo legal (fls. 336 e 343).

Preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço dos recursos.

Mérito

Recurso da reclamante

Indenização por dano moral

Não procede o inconformismo.

Como fundamentado na sentença (fl. 332), a reclamante, ora recorrente, não logrou êxito em provar ser “portadora de qualquer doença que justificasse sua necessidade urgente e obrigatória de ir ao banheiro.”

Também não provou a autora, ter sofrido qualquer constrangimento pelo uso do banheiro. A própria testemunha por ela arrolada e ouvida a fls. 322/323 informou ao Juízo que a pausa para o uso do banheiro dependia da autorização do supervisor, o que acontecia

normalmente, sem entraves ou dificuldades. Portanto, conclui-se que a ausência de autorização para o uso do banheiro era exceção e não regra.

Registre-se que a jornada de trabalho da autora era de seis horas e que ela gozava de dois intervalos de 10 minutos durante tal jornada, sendo que, nesses intervalos, nem mesmo era necessário se reportar ao supervisor, como revelou o depoimento da testemunha acima citada.

Ausentes os requisitos para o deferimento da indenização por dano moral.
Nego provimento.

Recurso da primeira reclamada

Função exercida pela reclamante – Enquadramento – Diferenças salariais

De início, deve ser destacado que o Estatuto Social da recorrente não foi colacionado aos autos. Contudo, esta Relatora, em julgamento de recurso que trata da mesma matéria (RO 00893-2007-013-01-00-9), examinando o referido documento, teve a oportunidade de constatar que nele há previsão para a prestação de serviços de *telemarketing*, na letra h, da cláusula 4ª. O aludido estatuto também traz a previsão, na letra J, de que a recorrente pode comercializar produtos nacionais e importados, inclusive com a utilização de catálogo de *telemarketing*.

O contrato social da segunda reclamada (fl. 83) também está voltado para a área de prestação de serviços e comercialização de produtos em telecomunicação, o que vai ao encontro do objeto social da primeira ré.

Outra observação a ser feita, é a de que a ora recorrente não trouxe aos autos o contrato de prestação de serviços celebrado com a segunda reclamada, restando, portanto, a prova testemunhal, para a solução da lide, sendo evidente que o contrato de trabalho juntado a fls. 132/134 não supera o princípio da primazia da realidade.

A prova testemunhal, por sua vez, deixou claro que a atividade exercida pela autora era de operadora de *telemarketing*.

De acordo com o depoimento da testemunha ouvida a fls. 322/323, que trabalhou como empregada da primeira reclamada, prestando serviços para a segunda, a reclamante e a testemunha trabalhavam como operadoras de *telemarketing*, com atendimento receptivo exclusivo de clientes da segunda reclamada, o que afastava a obrigação de cumprir metas. A testemunha inseria no sistema, através do terminal em que estava logada, todas as informações do atendimento realizado, inclusive, dados cadastrais informados pelos clientes. Disse, também, que trabalhavam com teclado, *headset* e *mouse*.

O fato de praticar atendimento receptivo não afasta da autora a função de operadora de *telemarketing*, valendo destacar que o Juízo de origem transcreveu, a fls. 328/329, as características previstas na Classificação Brasileira de Ocupações para o profissional de *telemarketing*, que abrange o atendimento apenas receptivo.

Ora, ficou claro que a autora não era mera atendente e que a ela se aplicam as Convenções coletivas destinadas aos operadores de *telemarketing*, ante as funções por ela exercidas. Nem é preciso se discutir a alegação de que operador de *telemarketing* não pertence à categoria diferenciada, tendo em vista os objetos sociais das duas Reclamadas e as atividades exercidas pela recorrida.

Assim, devidas as diferenças salariais deferidas pelo Juízo de origem, pois ao contrário do alegado no recurso, a autora-recorrida se desincumbiu do ônus da prova. Não restou configurada afronta à Súmula 12 do C. TST, pois, a prova é contrária à anotação da CTPS da autora. Da mesma forma, se afigura descabida a alegação de que a sentença tenha violado a

Súmula 374 e os artigos 511 e 577 da CLT e ainda os artigos 5º e 8º da Constituição da República, pelos fundamentos acima expostos.

Correto o julgador de origem ao afirmar, a fls. 328, que a reclamada, ora recorrente, “não possui atividade econômica preponderante”, observando, ainda, que ela desenvolve atividades de *telemarketing*, fato que já foi constatado por esta Relatora como visto linhas atrás.

Nego provimento.

Responsabilidade subsidiária da segunda reclamada

Não conheço do recurso, quanto ao tema em epígrafe, por falta de interesse processual da ora recorrente, uma vez que a responsabilidade subsidiária foi atribuída, por óbvio, à segunda reclamada (Contratante), que da decisão não recorreu.

Ante o exposto, decido conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento.

ACORDAM os Desembargadores da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, *por unanimidade*, conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento.

Rio de Janeiro, 16 de novembro de 2010.

Desembargadora Federal do Trabalho Aurora de Oliveira Coentro
Relator

Recurso Ordinário: 0042900-06.2008.5.01.0247

Titulação: Direito do Trabalho. Responsabilidade Solidária/Subsidiária. Tomador de Serviços/Terceirização.

Palavras-chave: operador de *telemarketing*, acordo, convenção coletiva de trabalho, ilegitimidade passiva, jornada de trabalho

Turma: 6ª

Relator(a): Desembargador Federal José Antonio Teixeira da Silva

Data de julgamento: 21/6/2010

Publicação: 29/7/2010

Recurso ordinário da primeira reclamada. TNL CONTAX S.A. Operador de telemarketing. *O telemarketing compreende o atendimento ativo e o passivo. O ativo é caracterizado pela atividade de oferta de produtos, enquanto o passivo se constitui no atendimento de reclamações e pedidos, ambos necessários à sustentação comercial do produto ou serviço.*

Acordo coletivo x convenção coletiva. Princípio do conglobamento. *Afasta-se a aplicabilidade do acordo coletivo ante o conjunto de normas mais benéficas esposadas nas convenções coletivas. **Horas extras.** A apresentação de controles de frequência apócrifos gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho declarada pelo autor em seu depoimento pessoal, a qual pode ser elidida por prova em contrário, ônus do qual a reclamada não se desincumbiu.*

Recurso ordinário da segunda reclamada. NET Serviços de Comunicação S.A.. Condenação solidária. *Os serviços prestados pela primeira reclamada se constituem em atividade-meio necessária à atividade-fim da segunda reclamada, pois através dele o usuário pode também obter os serviços disponibilizados por esta. Consequentemente, não cuida a hipótese em apreço de terceirização lícita.*

Recurso adesivo do reclamante. Valor do dano moral. *O valor da indenização deve ser suficiente a cumprir a dupla finalidade do instituto: servir de lenitivo para a dor da vítima e, ainda, de sanção a que o agressor não reincida na conduta, respeitando os direitos alheios. Há que ser considerada a ofensa e, ainda, as possibilidades financeiras do agressor, para que a indenização não seja excessiva (causa de enriquecimento ilícito do ofendido), nem irrelevante (estímulo aos desvios de conduta do agressor).*

Vistos, relatados e discutidos os autos do Recurso Ordinário, interposto da sentença prolatada pelo MM. Juiz Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich da 7ª Vara do Trabalho/Niterói, em que são partes: **I) NET Serviços de Comunicação S.A. (segunda reclamada), II) Rodolfo Lemos da Silva e III) TNL Contax S.A. (primeira reclamada)**, como Recorrentes, e **os mesmos**, como Recorridos.

RELATÓRIO

Inconformados com a sentença de fls. 369/376, complementada pela decisão de embargos de declaração de fls. 392-verso, que julgou procedente em parte o pedido deduzido na inicial, apresentam as reclamadas recurso ordinário consoante razões de fls. 382/387 (segunda reclamada) e fls. 413/430 (primeira reclamada), e o reclamante o adesivo de fls. 406/408.

A segunda reclamada argui preliminar de ilegitimidade passiva “*ad causam*”. Ultrapassada esta questão, insurge-se contra a sua condenação solidária, sustentando, em resumo, que conforme contrato social anexado aos autos, o seu objeto social não é a prestação de serviços de *callcenter*, que é sua atividade meio. Aduz que o contrato firmado entre as demandadas é para prestação de serviços de *callcenter*, não havendo que se falar em ilicitude na contratação. Caso mantida a sua condenação, a mesma deve ser de forma subsidiária, cabendo à primeira reclamada a responsabilidade principal pela quitação de eventual débito. Alega que não pode ser determinado a retificação da nomenclatura do cargo do recorrido, bem como não são devidas as diferenças salariais. Argumenta que inexistente nos autos qualquer elemento que justifique a condenação ao pagamento de horas extras, vez que o labor extraordinário prestado foi devidamente pago. Pugna pela exclusão da indenização por dano moral. Alega que não tendo a indenização de danos morais natureza trabalhista, não há que se falar em responsabilidade da mesma sob tal título, seja diretamente ou de forma subsidiária. Insurge-se contra a condenação da multa do art. 477, § 8, da CLT alegando que a existência de eventuais diferenças, reconhecidas por sentença, não geram direito à percepção da referida multa.

O reclamante recorre adesivamente pretendendo que seja majorado o *quantum* ressarcitório arbitrado a título de dano moral para R\$15.000,00 (quinze mil reais), alegando que a importância de 1 (um) mês da maior remuneração do autor beira à insignificância.

A primeira reclamada argui prejudicial de quitação total. Insurge-se contra a condenação solidária da segunda ré, vez que não há nos autos qualquer prova capaz de ensejar tal condenação. Alega que houve o incorreto enquadramento do autor como operador de *telemarketing* e sendo assim, não lhe são aplicáveis as convenções coletivas do SINTTEL x SINDIMEST vindas com a exordial. Mesmo que assim não o fosse, afirma que é incorreto o entendimento de que a reclamada está representada pelo Sindicato patronal – SINDIMEST – signatário da Convenção Coletiva. Alega que não tem como objeto a “instalação e manutenção de redes, equipamentos e sistemas de telecomunicações”, o que impede, portanto, a aplicação da CCT em seu âmbito. Afirma que o acordo coletivo firmado pela recorrente deve prevalecer ainda sobre a Convenção Coletiva almejada, inclusive, por ser norma específica que se sobrepõe a norma genérica, privilegiando a flexibilização, onde as partes fizeram concessões recíprocas para alcançarem o resultado desejado. Caso não seja este o entendimento, requer

que a convenção coletiva seja aplicada na íntegra, inclusive quanto à jornada de trabalho de oito horas diárias, sob pena de se proporcionar o enriquecimento desmensurado do recorrido. Assevera que o reclamante não se desincumbiu do ônus que lhe cabia de provar o direito a horas extras. Pugna pela exclusão da indenização por dano moral, seja pela suposta restrição ao uso de banheiro, seja em razão de a CTPS não ter sido anotada com o cargo de operador de *telemarketing*, além de não terem sido pagos os direitos oriundos da CCT eleita na inicial. Insurge-se contra as diferenças de vale refeição. Pugna pela exclusão da multa do art. 477, § 8º da CLT alegando que tal penalidade só é devida quando há o atraso na quitação das verbas rescisórias.

Contrarrazões a fls. 399/405 e fls. 445/448, pelo reclamante com preliminar de não conhecimento do recurso ordinário da segunda reclamada por extemporâneo, a fls. 441/442, pela segunda reclamada e a fls. 459/464, pela primeira reclamada, com preliminar de não conhecimento do recurso adesivo do reclamante.

Custas e depósito recolhidos e comprovados a fls. 388/390 e 411/412.

Desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho tendo em vista que a matéria devolvida não se insere na relação de hipóteses específicas de intervenção do *parquet*.

É o relatório.

VOTO

Conhecimento

Da preliminar de não conhecimento do recurso ordinário da segunda reclamada, arguida pelo reclamante em contrarrazões

O recurso da segunda reclamada – NET Serviços de Comunicação S.A. – foi aviado a tempo, pois interposto dentro do prazo legal de oito dias, após a publicação da sentença, não podendo, assim, ser considerado extemporâneo em razão dos embargos apresentados pela primeira reclamada. Anet Serviços de Comunicação S.A., à época da interposição de seu recurso não poderia ter ciência de que a outra parte havia apresentado embargos e, assim, esperar a publicação da decisão que analisaria esses embargos para, então, interpor o recurso ordinário, arriscando-se, inclusive, a perder o prazo recursal.

Rejeito.

Da preliminar de não conhecimento do recurso adesivo do reclamante, arguida pela primeira reclamada em contrarrazões

A primeira reclamada argui a presente preliminar alegando que é necessária a chancela do protocolo na peça de recurso adesivo por ser peça indispensável para ser aferida a tempestividade do apelo, conforme OJ nº 285, da SDI-I, do C. TST.

Na petição de encaminhamento das contrarrazões e do recurso ordinário de fls. 398 consta a data em que foi protocolado o recurso adesivo – 16/11/2009, estando o mesmo tempestivo.

REJEITO pois a liminar e conheço dos recursos, por preenchidos os pressupostos necessários ao conhecimento dos mesmos.

Deixo de conhecer dos documentos de fls. 431/433, vez que juntados a destempo, somente na segunda fase processual, sem que houvesse justo impedimento para tal atitude, o que implica na desconsideração dos mesmos para a análise do pedido recursal, na esteira do entendimento consubstanciado na Súmula nº 8 do C. TST.

Inverto a ordem de análise dos apelos para melhor apresentação da matéria devolvida.

RECURSO ORDINÁRIO DA PRIMEIRA RECLAMADA TNL CONTAX S.A.

Mérito

Da prejudicial de quitação geral

Reconhece este juízo a eficácia liberatória aposta no termo de rescisão do contrato de trabalho. Contudo, a eficácia liberatória de que trata a Súmula nº 330 do C. TST, refere-se, tão-somente, às verbas discriminadas no TRCT e seus valores, não abrangendo as verbas não consignadas no recibo, assim como o reflexo dessas verbas em outras parcelas. Do mesmo modo excluem-se da quitação geral as verbas que deveriam ter sido satisfeitas ao longo do contrato de trabalho, sendo válida a liberação somente quanto ao período expressamente consignado no TRCT.

No caso, as verbas pleiteadas inserem-se nas exceções indicadas pela referida súmula, haja vista que não se encontram discriminadas no recibo de quitação ou são verbas que deveriam ter sido satisfeitas ao longo do contrato de trabalho.

Nego provimento.

Da condenação solidária da segunda reclamada

A recorrente insurge-se contra a condenação solidária da segunda ré, vez que não há nos autos qualquer prova capaz de ensejar tal condenação.

Primeiramente, ressalta-se que ao contrário do alegado pela recorrente não houve desistência do processo em relação à segunda reclamada NET Serviços de Comunicação S.A., que foi incluída no polo passivo a fls. 118. Houve desistência do processo em relação à empresa OI – TNL PCS S.A., conforme ata de audiência de fl. 117. Falta legitimidade à 1ª Reclamada para recorrer desta matéria porque a mesma não está na relação processual para defesa dos interesses de outra litigante do polo passivo.

De toda sorte, esta matéria será apreciada quando da análise do recurso ordinário da segunda reclamada.

Da função de operadora de *telemarketing*

Da norma coletiva aplicável

A recorrente alega que houve o incorreto enquadramento do autor como operador de *telemarketing* e sendo assim, não lhe são aplicáveis as convenções coletivas do SINTTEL x SINDIMEST vindas com a exordial. Mesmo que assim não o fosse, afirma que é incorreto o

entendimento de que a reclamada está representada pelo Sindicato patronal – SINDIMEST – signatário da Convenção Coletiva. Alega que não tem como objeto a “instalação e manutenção de redes, equipamentos e sistemas de telecomunicações”, o que impede, portanto, a aplicação da CCT em seu âmbito. Afirma que o acordo coletivo firmado pela recorrente deve prevalecer ainda sobre a Convenção Coletiva almejada, inclusive, por ser norma específica que se sobrepõe à norma genérica, privilegiando a flexibilização, onde as partes fizeram concessões recíprocas para alcançarem o resultado desejado.

Caso não seja este o entendimento, requer que a convenção coletiva seja aplicada na íntegra, inclusive quanto à jornada de trabalho de oito horas diárias, sob pena de se proporcionar o enriquecimento desmensurado do recorrido.

Restou incontroverso nos autos que o autor trabalhava no serviço de teleatendimento aos clientes da 2ª reclamada (*telemarketing* passivo ou receptivo).

Em defesa, o empregador nega o exercício da função de *telemarketing*, afirmando ter contratado a trabalhadora como representante de serviços. Alega, ainda, ter por objeto social o teleatendimento em geral e o exercício de atividades afins. Neste sentido, elenca a 1ª ré, a fls. 191, as seguintes atividades:

[...] o teleatendimento resume-se em receber e realizar contatos telefônicos para gerenciamento de relacionamentos com clientes, quer seja atualizando seus dados cadastrais, quer seja registrando reclamações, quer seja esclarecendo suas dúvidas, através de uma central de atendimento telefônico.

Por outro lado, o Estatuto Social da empresa revela que seu objeto social, preponderante, é o teleatendimento em geral, estando compreendidos, entre estes, os serviços de teleatendimento ativo e receptivo (fl. 107).

O *telemarketing* compreende o atendimento ativo e o passivo. O ativo é caracterizado pela atividade de oferta de produtos, enquanto o passivo se constitui no atendimento de reclamações e pedidos.

O tipo de atividade e condições são as mesmas: trabalham com *headset*, terminal de computador e acesso a banco de dados, não tendo sentido qualquer diferenciação de tratamento, quando se trabalha com as mesmas ferramentas.

Além do mais, o que atende a reclamações e pedidos precisa conhecer do produto, mais ainda do que o operador ativo, que exerce simples intermediação de vendas. Se um se ativa para ofertar um produto, o outro busca manter o cliente.

Ante o exposto e, considerando os termos da própria contestação, constato que a autora, de fato, era operadora de *telemarketing* receptivo.

Ademais, a CBO – Classificação Brasileira de Ocupações do Ministério do Trabalho (disponível em <<http://www.mte.gov.br>>) – apresenta a descrição sumária das atividades genericamente desenvolvidas pelo operador de *telemarketing* (código 4223), inclusive o receptivo (código 4223-15), nos seguintes termos:

Operador de *Telemarketing* (código 4223):

Atendem usuários, oferecem serviços e produtos, prestam serviços técnicos especializados, realizam pesquisas, fazem serviços de cobrança e cadastramento de clientes, sempre via teleatendimento, seguindo roteiros e *scripts* planejados e controlados para captar, reter ou recuperar clientes.

Operador de *Telemarketing* Receptivo (código 4223-15):
4223-15 - Operador de *telemarketing* receptivo - Atendente central *telemarketing*,
Atendente de informações (*telemarketing*), Atendente de *telemarketing*, Operador de
atendimento receptivo (*telemarketing*), Teleoperador receptivo (*telemarketing*).

No tocante à aplicação das normas coletivas, tem-se que a Contax, sociedade atualmente controlada da Telemar, desde sua fundação, em 2001, procurou o Sindicato dos empregados em serviços de telefonia (SINTTEL), e propôs uma negociação coletiva em separado. E desde então, vem firmando acordos coletivos de trabalho diretamente com o SINTTEL.

Para que uma convenção coletiva tenha eficácia e suas cláusulas normativas sejam aplicáveis aos contratos individuais de trabalho, basta que seja pactuada por entidades sindicais representantes da categoria econômica e profissional de patrão e empregado respectivamente, não havendo necessidade que estes individualmente sejam signatários de tal documento, cujos pressupostos de validade restam previstos na legislação (art. 612, 613, 614 da CLT).

Também não é pressuposto de eficácia das normas coletivas que o integrante da categoria por ela abrangida seja associado da entidade sindical conveniente ou acordante, bem como a identificação precisa da função do autor, na medida em que não fazendo parte de categoria classificada como diferenciada (art. 511, parágrafo 3º, CLT), ao seu contrato se aplica a norma coletiva da categoria majoritária.

Adotando o direito positivo pátrio o critério do paralelismo simétrico para a organização sindical, temos que necessariamente no polo oposto ao sindicato de empregadores identifica-se o Sindicato de Empregados.

No caso presente, observa-se nas Convenções Coletivas acostadas (fls. 27-84), de um lado o SINTTEL sindicato que representa o autor, e de outro o SINDIMEST que representa todas as empresas de prestação de serviço e de sistemas de telecomunicações, manutenção e operação de empresas de Rádio Chamadas, Rádio Trunking, Instalações de Sistema de Comunicações e Redes (fl. 29, Cláusula 1ª).

As características das atividades da Contax (fl. 107), são perfeitamente adequadas à representação daquele sindicato patronal:

Capítulo 1 - Das Características da Companhia

art. 2º - A Companhia tem por objeto:

- a) teleatendimento em geral, estando compreendidos, dentre estes, os serviços de teleatendimento ativo e receptivo;
- b) serviços de valores adicionados suportados por telecomunicações;
- c) intermediação de produtos e serviços de terceiros em geral por telefone, e-mail e demais meios de comunicação (...).

Por outro lado, nada obsta que acordo coletivo seja negociado, na concomitância de Convenção Coletiva. Por isso o dispositivo legal expresso no art. 620 da Consolidação das Leis do Trabalho orientando o intérprete na comparação de normas coletivas em conflito. Desta forma, a mera vontade dos sujeitos pactuantes do acordo não está apta a afastar a aplicação da convenção coletiva.

Este julgador adota o critério do conglobamento ou do conjunto para análise comparativa de normas coletivas (art. 620 da CLT), todavia, *in casu*, adotando-se quaisquer dos critérios de interpretação, a Convenção Coletiva é a norma mais favorável ao autor.

Importante notar que o piso salarial previsto na Convenção Coletiva é para a função de operador de telemarketing, assim, se trabalhava o autor 6 horas diárias, seria este o piso a lhe ser pago.

Nego provimento.

Das horas extras

A recorrente assevera que o reclamante não se desincumbiu do ônus que lhe cabia de provar o direito a horas extras.

Procede parcialmente o inconformismo da recorrente.

A prova ordinária da jornada contratualmente estabelecida incumbe ao empregador, por ser detentor dos meios de prova e por estar adstrito por norma de ordem pública a manter os controles de jornada nos moldes do art. 74, § 2º da CLT.

Entretanto, caso os controles de jornada trazidos pelo empregador apresentem-se sem assinatura do autor, como os de fls. 230/233 (16/01/06 a 31/03/2007), os mesmos não servem como prova da jornada realizada e há de se inverter o ônus da prova, cabendo ao empregador apresentar meio de prova idôneo a fim de comprovar a não realização do labor extraordinário sustentado na inicial, vez que imprestáveis os documentos apresentados (art. 368, CPC).

A apresentação de controles de frequência apócrifos gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho declarada pelo autor em seu depoimento pessoal (início da jornada com antecedência de 15 a 30 minutos, com o trabalho no computador a partir das 17h45 e saída às 24h – horário confirmado pela testemunha indicada pela parte ré e duas reuniões por mês com duração após o final do expediente de 30 a 40 minutos), a qual pode ser elidida por prova em contrário, ônus do qual a reclamada não se desincumbiu.

Na verdade, o horário trabalhado declarado pelo autor e pela reclamada é o mesmo – 17h45 às 24h – a divergência está no fato de o autor afirmar ter que chegar com antecedência de 15 a 30 minutos, fato confirmado pela própria testemunha da reclamada que declarou: “já deu ordem aos atendentes para chegarem 30 min. antes” - fl. 341).

O outro ponto de controvérsia é quanto às reuniões, já que o autor afirma que as mesmas ocorriam após o final do expediente, sendo em média duas por mês e com duração de 30 a 40 minutos. Neste tópico, verifica-se contradições entre o depoimento da preposta e o da testemunha indicada pela parte ré, pois a preposta afirmou a fls. 339 que “as reuniões com supervisor aconteciam em média uma a duas vezes por mês, com duração média em torno de 30 minutos, feitas dentro do horário, com pausa para reuniões” e a testemunha afirmou que “à época do autor as reuniões ocorriam às 19h/20h, que as reuniões duravam em média, 1 hora; que havia uma única reunião a cada 2 meses”. Ouvida a preposta da reclamada, novamente, a fls. 343, a mesma afirmou que “havia em média, no setor do autor uma reunião por mês, com duração de 30 a 40 minutos; que as reuniões ocorriam no meio da jornada, que quando havia reuniões o computador do autor estava em pausa”.

Registre-se, por fim, que não há que se falar em acordo de compensação de jornada ante a evidente prestação de horas extras habituais, configurando o completo desrespeito a qualquer ajuste nesse sentido. De igual sorte, a reclamada não demonstrou a existência de folgas compensatórias, ônus que estava a seu cargo ante o preceito contido no artigo 74 da CLT.

As horas extras habituais devem repercutir sobre o repouso semanal remunerado, consoante entendimento esposado pelo C. TST na Súmula nº 172. O fato de o empregado receber remuneração mensal não afasta o reflexo das horas extras sobre o repouso semanal

remunerado, visto que, quando apuradas, a base de cálculo a ser considerada é o salário-hora, não se incluindo qualquer parcela relativa ao repouso semanal remunerado.

Nego provimento.

Do dano moral – Retificação da CTPS

A recorrente insurge-se contra a condenação de indenização por dano moral em razão de a CTPS não ter sido anotada com o cargo de operador de *telemarketing*, além de não terem sido pagos os direitos oriundos da CCT eleita na inicial.

Assiste razão à recorrente.

A reparação dos danos propugnados pelo reclamante pressupõe, a meu ver, o claro delineamento de que os atos patronais alegados, ou seja, a atribuição de uma condição profissional que não se coaduna com a realidade e lhe impõe salário inferior àquele que por justiça mereceria, ocasionaram gravame aos direitos personalíssimos do empregado, o que não se vislumbra na hipótese versada.

Na verdade, o que se verifica na narrativa inicial é a existência de evidente dano material, o qual já está sendo reparado pela condenação imposta neste *decisum*.

Não há prova nos autos que o dano material sofrido tenha gerado também lesões aos valores imateriais do reclamante.

Destarte, reforma-se a sentença *a quo* excluindo-se da condenação a indenização no valor de dois meses da maior remuneração, por danos morais decorrentes das anotações nulas na CTPS.

Dou provimento.

Do dano moral – Uso do banheiro

A recorrente pugna pela exclusão da indenização por dano moral, alegando que não restou comprovado que não havia liberdade para ir ao banheiro.

Passo à análise do mérito.

O dano moral restou configurado pelo rígido controle quanto à utilização do banheiro, em violação ao disposto no Anexo II da NR-17, já que conforme depoimento da testemunha arrolada pela reclamada: “que na hora que o atendente vai ao banheiro coloca pausa banheiro; que essa informação fica gravada no sistema; que as referidas pausas eram anotadas e depois exibidas aos trabalhadores perguntando pelas razões de demora no banheiro” (fl. 341).

Neste ponto reformulo meu entendimento sobre a matéria, especialmente porque as próprias normas de segurança, higiene e medicina do trabalho (Vide o citado Anexo II da NR-17) estabelecem como medidas para um ambiente de trabalho saudável em serviços de *call center*, a não limitação às satisfação das necessidades fisiológicas do trabalhador (item 5.7 da norma citada), como por igual a vedação à exposição pública das avaliações de desempenho dos operadores (item 5.13, alínea c). Considerando que as Normas Regulamentadoras são precedidas de estudos técnicos de equipes multidisciplinares de profissionais, com vistas à higidez física e mental dos trabalhadores, não vejo como manter meu posicionamento sobre tais situações, tidas como assediadoras do patrimônio imaterial dos trabalhadores e, portanto, com potencial suficiente para causar-lhes transtornos a sua saúde física e mental.

Nego provimento.

Das diferenças de vale refeição

A recorrente insurge-se contra as diferenças de vale refeição.

Improcede o inconformismo da recorrente.

Reconhecida a aplicação das convenções coletivas vindas com a exordial, as diferenças são devidas.

Nego provimento.

Da multa do art 477, § 8º, da CLT

A recorrente pugna pela exclusão da multa do art. 477, § 8º, da CLT, alegando que tal penalidade só é devida quando há o atraso na quitação das verbas rescisórias.

O fato de subsistirem diferenças devidas em decorrência do contrato, que por sua vez refletem nas verbas resilitórias, controvertidas e deferidas depois de ação de conhecimento, não faz com que a multa prevista no § 8º do artigo 477 da CLT se torne devida, por se tratar de norma sacionatória, atraindo interpretação restritiva.

No entanto, verifica-se nos presentes autos que a multa do art. 477, § 8º, também foi pleiteada pelo fato de a homologação da rescisão ter sido intempestiva, o que realmente ocorreu, pois o autor foi dispensado em 02/07/07, sendo o aviso prévio indenizado, ocorrendo a homologação da rescisão só em 18/07/07 (fl. 26).

Extinto o contrato de emprego, fixa a ordem jurídica prazo máximo para pagamento das verbas rescisórias, sob pena de multa (art. 477, §§ 6º e 8º, da CLT). O pagamento efetuado ao empregado relativo aos valores rescisórios pode atender ao objetivo legal, desde que não ocorra atraso substancial no próprio ato homologatório da rescisão, requisito para o complemento da fase extintiva do contrato, com o saque do FGTS e levantamento do seguro-desemprego.

Nego provimento.

RECURSO ORDINÁRIO DA SEGUNDA RECLAMADA NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S.A.

Da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*

A pertinência subjetiva no polo passivo é ditada pela pretensão deduzida na peça vestibular. Visando o reclamante à obtenção de provimento de natureza condenatória, a ser suportado pelas partes por ele identificadas como devedoras da obrigação, inquestionável a legitimidade *ad causam*. A procedência da postulação autoral, inclusive no que se refere aos responsáveis pela satisfação do crédito reconhecido judicialmente, é matéria de mérito, a qual não se confunde com as condições para o exercício do direito público, subjetivo e abstrato de exigir a tutela jurisdicional do Estado.

Rejeito.

Mérito

Da condenação solidária

A recorrente insurge-se contra a sua condenação solidária, sustentando, em resumo, que conforme contrato social anexado aos autos, o seu objeto social não é a prestação de serviços de *call center*, que é sua atividade meio. Aduz que o contrato firmado entre as demandadas é para prestação de serviços de *call center*, não havendo que se falar em ilicitude na contratação.

Caso mantida a sua condenação, a mesma deve ser de forma subsidiária, cabendo à primeira reclamada a responsabilidade principal pela quitação de eventual débito.

Improcede o inconformismo da recorrente.

Os serviços prestados pela primeira reclamada se constituem em atividade-meio necessária à atividade-fim da segunda reclamada, pois é através dele que o usuário obtém os serviços disponibilizados por esta. Consequentemente, não cuida a hipótese em apreço de terceirização lícita.

Como bem observado pelo Juízo *a quo*: “a preposta da primeira ré confessou que o autor trabalhava atendendo ligações de clientes com reclamações contra os serviços prestados pela segunda litisconsorte passiva. Trata-se de atividade que entende diretamente com as finalidades sociais desta última, devendo ser qualificada, portanto, de atividade-fim. Atender os clientes em suas necessidades, bem e melhor estudada a questão, é inofismavelmente a finalidade social da segunda ré. Logo, ilícita a terceirização, ao abrigo da S. 331, I, do Eg. TST” (fl. 375).

Uma vez reconhecida a fraude trabalhista perpetrada pelas reclamadas (art. 9º da CLT), procede a condenação solidária das mesmas, na forma dos artigos 186 c/c 927 do Código Civil.

Nego provimento.

Da função de operadora de *telemarketing*

Da norma coletiva aplicável

Das horas extras

Do dano moral

Da multa do art. 477, § 8º, da CLT

Quanto ao itens em epígrafe me reporto às razões de decidir do recurso da TNL Contax, para negar provimento ao recurso.

Da abrangência da responsabilidade

A recorrente alega que não tendo a indenização de danos morais natureza trabalhista, não há que se falar em responsabilidade da mesma sob tal título, seja diretamente ou de forma subsidiária.

Improcede o inconformismo da recorrente.

A condenação solidária entre as reclamadas foi mantida, pelo concílio fraudatório, considerando-se que todos os participantes de um ato ilícito devem responder solidariamente pelos prejuízos que ele causar.

Nego provimento.

RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE

Mérito

Do valor do dano moral – Uso do banheiro

O reclamante recorre adesivamente pretendendo que seja majorado o *quantum* ressarcitório arbitrado a título de dano moral para R\$15.000,00 (quinze mil reais), alegando que a importância de 1 (um) mês da maior remuneração do autor beira à insignificância.

Assiste parcial razão ao recorrente.

A indenização por dano moral visa a desestimular o ofensor a repetir o comportamento legalmente inadmitido, bem como exemplificar, para a sociedade, bem como, na condenação da empresa, para o seu segmento econômico, prevenindo a ocorrência de novos abusos.

O valor da indenização deve ser suficiente a cumprir a dupla finalidade do instituto: servir de lenitivo para a dor da vítima e, ainda, de sanção a que o agressor não reincida na conduta, respeitando os direitos alheios. Há que ser considerada a ofensa e, ainda, as possibilidades financeiras do agressor, para que a indenização não seja excessiva (causa de enriquecimento ilícito do ofendido), nem irrelevante (estímulo aos desvios de conduta do agressor).

Para a fixação do valor correspondente a reparação pecuniária do dano moral deverá atentar-se para o seguinte: que o montante arbitrado não produza enriquecimento ou empobrecimento sem causa das recíprocas partes; que não perca esse montante a harmonia com a noção de proporcionalidade, seja por deixar de compensar adequadamente o mal sofrido, seja por agregar ganhos financeiros superiores a uma compensação razoável pertinente.

Destarte, merece reparo a sentença para que seja observado o valor ora arbitrado em R\$10.000,00 (dez mil reais), mais razoável, considerando inclusive a reincidência específica, computada a correção monetária da data do presente acórdão.

Dou parcial provimento para arbitrar o valor da indenização por dano moral em R\$10.000,00 (dez mil reais).

Relatados e Discutidos,

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Sexta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, *por unanimidade*, conhecer dos recursos, rejeitar a preliminar de ilegitimidade *ad causam* e a prejudicial de quitação e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso ordinário da primeira reclamada, para excluir da condenação a indenização de dois meses da maior remuneração, por danos morais decorrentes das anotações nulas na CTPS; negar provimento ao recurso ordinário da segunda reclamada e, *por maioria*, dar parcial provimento ao recurso adesivo do reclamante, para arbitrar o valor da indenização por dano moral em R\$10.000,00 (dez mil reais), nos termos do voto do Desembargador Relator, *vencidos* o Juiz Marcelo Antero de Carvalho, que negava provimento ao recurso do autor, e, *parcialmente*, o Desembargador Theocrito Borges dos Santos Filho, que fixava o valor da indenização em R\$2.500,00. Fez uso da palavra o Dr. Paulo Roberto Muniz Martins.

Rio de Janeiro, 21 de junho de 2010.

Desembargador Federal do Trabalho José Antonio Teixeira da Silva
Relator

Recurso Ordinário: 0149900-34.2009.5.01.0246

Titulação: Direito do Trabalho. Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios. Salário/ Diferença Salarial.

Palavras-chave: diferença salarial, hora extra, testemunha, retificação, dissídio coletivo

Turma: 10ª

Relator(a): Desembargador Federal Flávio Ernesto Rodrigues Silva

Data de julgamento: 1º/12/2010

Publicação: 09/12/2010

Recurso ordinário. Multa do artigo 477 da CLT. Diferenças deferidas em juízo. *A não inclusão de parcela de qualquer natureza devida ao reclamante por ocasião do distrato implica a não satisfação integral da referida obrigação. Sob óptica inversa, a se admitir que a multa só seria devida em caso das parcelas “incontroversas”, seria por demais aleatório - mesmo porque, em existindo uma lide, uma pretensão resistida, a rigor todas as parcelas seriam “controversas”, deixando de sê-lo apenas por ocasião da efetiva prestação jurisdicional. Assim, o deferimento de verbas em juízo implica a imposição da multa em apreço.*

Vistos, relatados e discutidos os autos do recurso ordinário em que são partes: **1) Contax S.A.** (primeira reclamada) e **2) Francine de Oliveira Sena**, como recorrentes e **1) Contax S.A., 2) Francine de Oliveira Sena e 3) TNL PCS S.A.** (segunda reclamada), como recorridas.

Inconformadas com a r. sentença de fls. 309/318, proferida pelo MM. Juiz Jorge Orlando Sereno Ramos, da 6ª Vara do Trabalho de Niterói, que julgou procedente, em parte, o pedido, recorre ordinariamente a Contax S.A. a fls. 319/323, e a reclamante, na via adesiva, a fls. 333/343.

Em síntese, a Contax nega a ocorrência de 20 minutos extras, uma vez por semana, decorrentes de supostas reuniões após o expediente. Sustenta que o controle de ponto é fidedigno, e que eventuais reuniões fora do horário normal foram devidamente registradas. Acrescenta que o único depoimento testemunhal colhido não tem o condão de desconstituir os registros de ponto – que, sobretudo, não foram impugnados. Pondera, também, que a testemunha foi contraditada por ter ação com o mesmo objeto e patrocinada pelo mesmo escritório de advocacia, de forma que a depoente não tinha isenção de ânimo. Afirma, também, que o fato de alguns controles de ponto não estarem assinados não os invalida, uma vez que a assinatura não é exigida pelo artigo 74 da CLT. Sucessivamente, alega que não são devidos os reflexos sobre o dia de repouso, pois a autora era mensalista.

Custas de depósito recursal a fls. 324/325.

A reclamante, em seu recurso adesivo, pugna pela retificação de sua função (de representante de serviços para operadora de *telemarketing*), e pela aplicação das convenções coletivas celebradas entre o SINTTEL e o SINDIMEST. Requer, assim, as diferenças salariais decorrentes. Prossegue, requerendo a multa do artigo 477 da CLT, bem como as diferenças das horas extras sobre os depósitos de FGTS. Alega que, em face do salário inferior ao devido, seu seguro desemprego também ficou em valor mais baixo, de forma que as rés devem arcar com a diferença. Por fim, requer uma indenização por danos morais diante do rigor na exigência de produtividade e das restrições ao uso do banheiro.

Contrarrazões da autora a fls. 329/332, da Contax S.A. a fls. 346/353, e da TNL PCS a fls. 354/366 – todas sem preliminares.

Os autos não são enviados ao douto Ministério Público do Trabalho por não se tratar de hipótese de sua intervenção.

É o relatório.

VOTO

Conhecimento

Conheço por presentes os pressupostos de admissibilidade – salvo quanto ao pedido da autora referente aos reflexos das horas extras sobre o FGTS, pois já deferido na sentença.

Mérito

Recurso da Contax S.A.

Das horas extras

Nego provimento.

A Contax nega a ocorrência de 20 minutos extras, uma vez por semana, decorrentes de supostas reuniões após o expediente. Sustenta que o controle de ponto é fidedigno, e que eventuais reuniões fora do horário normal foram devidamente registradas. Acrescenta que o único depoimento testemunhal colhido não tem o condão de desconstituir os registros de ponto – que, sobretudo, não foram impugnados. Pondera, também, que a testemunha foi contraditada por ter ação com o mesmo objeto e patrocinada pelo mesmo escritório de advocacia, de forma que a depoente não tinha isenção de ânimo. Afirma, também, que o fato de alguns controles de ponto não estarem assinados não os invalida, uma vez que a assinatura não é exigida pelo artigo 74 da CLT. Sucessivamente, alega que não são devidos os reflexos sobre o dia de repouso, pois a autora era mensalista.

A contradita da testemunha foi corretamente afastada pelo juízo *a quo* acompanhando o entendimento contido na Súmula nº 357 do Colendo TST. De fato, a circunstância de alguém ter ação contra as mesmas rés, e assistida pelos mesmos advogados, não induz a isenção de ânimo.

É irrelevante que autora não tenha impugnado os controles de ponto, uma vez que também não os apontou como válidos. Note-se que, no depoimento pessoal, a reclamante disse que as reuniões semanais ocorriam após o registro de saída (fl. 306).

A testemunha comprovou que, uma vez por semana, o supervisor organizava tais reuniões, com duração de 20 a 30 minutos, após a marcação da saída no controle de ponto (fl. 307).

Pouco importa tratar-se de testemunha única, já que nosso direito não adota o princípio do direito romano de *testis unus, testis nullus*. Conforme lição do eminente mestre Sérgio Pinto Martins, “não se ganha o processo com número de testemunhas, mas sim com a qualidade de seus depoimentos.” (citado por Valentin Carrion em *Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2000, 1º semestre, p. 650).

São igualmente devidos os reflexos sobre o dia de repouso remunerado, pois o salário do mensalista só remunera tais dias em proporção à jornada contratual. Havendo acréscimo, impõe-se a repercussão.

Dessa maneira, razão não assiste à recorrente.

Recurso da reclamante

Da retificação da função

Dou provimento.

A reclamante, em seu recurso adesivo, pugna pela retificação de sua função (de representante de serviços para operadora de *telemarketing*).

O juízo *a quo* indeferiu o pedido sob o fundamento de que o trabalho da autora melhor se caracteriza como operadora de teleatendimento, e não de *telemarketing*.

A diferença entre o *telemarketing* e teleatendimento não é nítida - sendo que, na maioria dos casos, tais atividades se confundem ou se sobrepõem. Rigorosamente falando, o *telemarketing* consiste na divulgação e oferecimento de produtos e serviços, enquanto que, no teleatendimento, o empregado recebe ligações, oferece serviços, registra reclamações etc. Na prática, contudo, ambas as funções são análogas.

O estatuto social da empresa contribui para a imprecisão conceitual, pois indica que seu objeto é a prestação de serviços de “teleatendimento em geral”, envolvendo a “intermediação da venda de produtos e serviços” (fl. 82 – artigo 2º). A julgar por este documento, a empresa entende que teleatendimento é o gênero, e *telemarketing*, a espécie.

O que é mais importante, no caso, é que ambas são diferentes da atividade de representante de serviços.

Na contestação, a recorrente argumenta que a “esmagadora maioria” dos seus recursos humanos está ligada à atividade de *contactcenter*, mas em funções diversificadas: alguns empregados só fazem ligações, outros só recebem, outros oferecem produtos etc. (fl. 90).

De toda forma, a reclamada não especificou quais eram as atividades da autora, de forma a permitir o exame da questão.

Diante dessas circunstâncias, a reclamante faz jus à retificação de sua CTPS para que passe a constar a função de operadora de *telemarketing*.

Da norma coletiva aplicável

Dou provimento.

A recorrente pugna pela aplicação das convenções coletivas celebradas entre o SINTTEL e o SINDIMEST. Requer, assim, as diferenças salariais decorrentes

Não se pode presumir que o SINDIMEST não represente a TNL Contax, uma vez que tal sindicato representa todas as empresas de “prestação de serviço e operação de sistemas de telecomunicações, manutenção e operações de empresas de rádio-chamadas, rádio trunking, telecomunicações celulares e satelitais[...]” etc. Ora, o objeto social da empresa compreende, entre outros tópicos, a “prestação de serviços de valor adicionado suportados por telecomunicações” (fl. 82, artigo 2º, “d”). Dessa forma, a princípio, a TNL Contax está abrangida pela negociação do SINDIMEST. Aliás, o fato de tal empresa firmar acordo coletivo com o SINTTEL, que representa os trabalhadores da área de telecomunicações, reforça nossa tese. Essa presunção somente seria elidida se a ré apresentasse sua carta de filiação a outro sindicato, o que não ocorreu.

Se a convenção coletiva assegura direitos à categoria profissional, não pode o acordo coletivo pactuar condições menos favoráveis.

Dessa maneira, aplicam-se as convenções coletivas celebradas entre o SINTTEL e o SINDIMEST e são devidas as diferenças salariais correspondentes, incluindo reflexos sobre aviso-prévio, trezenos, férias e FGTS acrescido de 40%.

Da multa do artigo 477 da CLT

Dou provimento.

O artigo 477 da CLT, em seu parágrafo 8º, estabelece multa pela inobservância do disposto no parágrafo 6º do referido artigo, quanto aos prazos ali consignados. A questão consiste em se saber se o pagamento das parcelas ordinárias decorrentes da dispensa atenderia ou não ao referido dispositivo.

Entendo que não.

Ora, o espírito do legislador, ao editar a referida norma, foi o de punir o empregador que posterga o pagamento das parcelas resilitórias de seus ex-empregados, locupletando-se e beneficiando-se desse atraso.

A não inclusão de parcela de qualquer natureza devida ao reclamante por ocasião do distrato implica a não satisfação integral da referida obrigação. Sob óptica inversa, a se admitir que a multa só seria devida em caso das parcelas “incontroversas”, seria por demais aleatório – mesmo porque, em existindo uma lide, uma pretensão resistida, a rigor todas as parcelas seriam “controversas”, deixando de sê-lo apenas por ocasião da efetiva prestação jurisdicional.

Desse modo, o reconhecimento judicial de que certa verba não foi paga ao reclamante acarreta a aplicação da multa em apreço.

Das diferenças de seguro-desemprego

Nego provimento.

A recorrente alega que, em face do salário inferior ao devido, seu seguro-desemprego também ficou em valor mais baixo, de forma que as rés devem arcar com a diferença.

É certo que, quem causa prejuízos, deve indenizar o prejudicado. Contudo, no caso em exame, a diferença entre o salário pago e o piso da categoria não modifica a faixa salarial do reclamante.

Segundo o demonstrativo apresentado na inicial, a autora recebia, na época da dispensa (abril de 2009) R\$579,00, e o piso salarial de operador de *telemarketing* era de R\$677,45.

Ora, a faixa inicial do seguro desemprego, na época, abrangia salários de até R\$767,60. Assim, mesmo considerando a diferença salarial e os 20 minutos semanais extras, não há diferenças a quitar.

Dos danos morais

Dou parcial provimento.

A reclamante requer uma indenização por danos morais diante do rigor na exigência de produtividade e das restrições ao uso do banheiro.

Não há provas de rigor excessivo ou humilhações quanto à exigência de produtividade.

Note-se que a reclamante, em seu depoimento pessoal, afirmou que, a partir de novembro de 2007, passou a ter dois intervalos para banheiro, de 10 minutos cada, sendo que antes tinha um único intervalo de cinco minutos.

A testemunha de fl. 307 afirmou já ter sofrido avaliações negativas por demorar no banheiro e utilizá-lo fora do intervalo. Acrescentou que o uso dependia de autorização do supervisor.

A situação já é bem conhecida nesta Especializada, tendo em vista a grande quantidade de demandas similares. Trata-se da inaceitável prática da empresa no sentido de restringir o acesso ao banheiro.

É certo que não se pode fomentar a indústria do dano moral, concedendo indenizações por qualquer motivo. Por outro lado, há casos em que é manifesto o atentado à dignidade do ser humano e a ocorrência de sofrimento que poderia ter sido evitado – circunstâncias que atraem a indenização.

Condicionar a ida ao banheiro à autorização do supervisor é, no mínimo, uma exigência constrangedora e descabida.

Decerto é difícil quantificar o sofrimento de alguém. Cabe ao juízo, assim, pautar-se pelo homem médio e considerar as características pessoais do suscitante, bem como as circunstâncias específicas do caso.

O valor pleiteado na inicial (200 salários da reclamante) afigura-se excessivo. Tendo em vista que o contrato de trabalho foi relativamente breve (de 1/8/2007 a 13/4/2009) e que, em sua maior parte, a autora teve dois intervalos de dez minutos, fixo a indenização em R\$3.000,00.

Do exposto, conheço dos recursos – salvo quanto ao pedido da autora referente aos reflexos das horas extras sobre o FGTS, pois já deferido – e, no mérito, nego provimento ao recurso da reclamada e dou parcial provimento ao da reclamante para deferir: **a)** a retificação da CTPS, passando a constar a função de operadora de *telemarketing*; **b)** o pagamento das diferenças salariais com base na convenção coletiva; **c)** a multa do artigo 477 da CLT; e **d)** indenização por danos morais no valor de R\$3.000,00 – tudo na forma da fundamentação supra.

Acrescida a condenação, fixo o valor em R\$10.000,00, ficando as custas em R\$200,00, pelas rés.

As diferenças salariais têm natureza remuneratória.

ACORDAM os Desembargadores da Décima Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, *por unanimidade*, conhecer dos recursos – salvo quanto ao pedido da autora referente aos reflexos das horas extras sobre o FGTS, pois já deferido - e, no mérito, negar provimento ao recurso da reclamada e dar parcial provimento ao da reclamante para deferir: a) a retificação da CTPS, passando a constar a função de operadora de *telemarketing*;

b) o pagamento das diferenças salariais com base na convenção coletiva; c) a multa do artigo 477 da CLT; e d) indenização por danos morais no valor de R\$3.000,00, nos termos do voto do Excelentíssimo Desembargador Relator. Acrescida a condenação, fixo o valor em R\$10.000,00 (dez mil reais), ficando as custas em R\$200,00 (duzentos reais) pelas rés. As diferenças salariais têm natureza remuneratória.

Rio de Janeiro, 1º de dezembro de 2010.

Desembargador Federal do Trabalho Flávio Ernesto Rodrigues Silva
Relator

Recurso Ordinário: 0140900-30.2007.5.01.0068

Titulação: Direito do Trabalho. Responsabilidade Civil do Empregador/Empregado.
Indenização por Dano Moral.
Palavras-chave: enquadramento sindical, hora extra, dano moral, indenização, retificação, CTPS, depoimento pessoal
Turma: 3ª
Relator(a): Desembargador Federal Jorge Fernando Gonçalves da Fonte
Data de julgamento: 21/7/2010
Publicação: 06/8/2010

A restrição das oportunidades de uso e do tempo empregado pelo trabalhador nas instalações sanitárias durante a jornada excede os limites do poder diretivo patronal, porque viola direito à intimidade e à privacidade, previsto constitucionalmente (inciso X do art. 5º), impondo-lhe situação humilhante e constrangedora. Recurso da reclamante provido neste aspecto, para deferir-se indenização pelo dano imaterial sofrido.

Vistos estes autos de recurso ordinário em que figuram, como recorrentes, **ADELISE DE FREITAS PALÁCIO VALÉRIO** e **CONTAX S/A**, e, como recorridos, **TELEMAR NORTE LESTE S/A**, **CONTAX S/A** e **ADELISE DE FREITAS PALÁCIO VALÉRIO**.

RELATÓRIO

Recursos ordinários interpostos pela reclamante e pela primeira reclamada, respectivamente, a fls. 385/400 e 402/409, contra a r. sentença de fls. 378/383, proferida pela MM Juíza Kassandra Nataly de A. Carvalho e Lima, da 68ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, que julgou procedente em parte o pedido, sendo que quanto à segunda reclamada, Telemar, houve condenação de forma subsidiária. A primeira reclamada se vale da via adesiva.

A reclamante insiste na procedência dos pedidos de gratuidade de justiça, reconhecimento de que exercia a função de operadora de *telemarketing*, enquadramento sindical pretendido e horas extras decorrentes de não concessão de pausa de 10 minutos a cada 50 trabalhados. Aduz que uma vez por mês, em virtude de fiscalização da Anatel, laborava por oito horas seguidas sem pausa para refeição, e que excedia sua jornada. Finaliza reiterando ainda a procedência dos pedidos de indenização por dano moral, em razão de restrições ao uso do banheiro, e honorários advocatícios.

A primeira reclamada invoca a Súmula nº 330 do C. TST, afirmando que a reclamante deu quitação plena quanto ao extinto contrato de trabalho; insurge-se contra a responsabilização subsidiária da segunda ré quanto a verbas trabalhistas devidas à reclamante; aduz que a Súmula nº 331 do C. TST só se aplica quando a tomadora dos serviços age com culpa ao contratar empresa prestadora de serviços. Ataca o deferimento de multa do art. 477, § 8º, da CLT, pois o depósito das verbas rescisórias teria ocorrido dentro do prazo. Assevera que os descontos salariais efetuados a título de seguros e atrasos foram legais.

Contrarrazões recíprocas a fls. 403/405, 411/422 e 427/430, apresentadas a tempo e modo.

A reclamante, por determinação deste Relator, foi intimada a contra-arrazoar o recurso adesivo da Contax S/A (fl. 465), tendo transcorrido prazo sem a apresentação de contrarrazões (fl. 467).

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho (art. 85 do Regimento Interno deste Tribunal), sendo que na sessão de julgamento o *Parquet* não vislumbrou necessidade de intervenção no feito.

VOTO

Conhecimento

Estão presentes os requisitos de admissibilidade dos recursos. Os apelos são tempestivos, as partes estão bem representadas e há comprovação do depósito recursal e do recolhimento das custas processuais, conforme documentos de fls. 393 e 394.

Conheço.

Recurso ordinário da reclamante

Gratuidade de justiça.

O art. 4º da Lei nº 1.060/50, com a redação dada pela Lei nº 7.510/86, reza que a parte gozará da assistência judiciária mediante **simples afirmação, na inicial ou no curso da ação** (art. 6º), de que não tem condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo próprio ou de sua família. Isto é suficiente para o deferimento do benefício, que abrange a isenção das despesas processuais, independentemente de estar o necessitado sob o patrocínio de advogado particular. Portanto, deveria o MM. Juízo de primeiro grau acolher a pretensão da parte autora, formulada no recurso, porque amparada em norma legal que confere a qualquer cidadão o benefício da gratuidade de justiça.

A Lei nº 1.060/50 tem plena aplicação no processo trabalhista, subordinando-se ao preceito maior insculpido em nossa Constituição da República (art. 5º, inciso LXXIV) de que **“o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”**.

Dou provimento.

Função de operadora de telemarketing.

Apesar de haver previsão e descrição clara desta função e suas variações no Código Brasileiro de Ocupações, sob o código 4223, muitos empregadores deliberadamente criam denominações aleatórias para cargos incumbidos de tarefas de teleatendimento, com claro intuito de dificultar sua caracterização.

Eis a “descrição sumária” das tarefas típicas do cargo notoriamente conhecido como de “operador de *telemarketing*” em geral, segundo o CBO:

4223 - Operadores de *telemarketing* - Atendem usuários, oferecem serviços e produtos, prestam serviços técnicos especializados, realizam pesquisas, fazem serviços de cobrança e cadastramento de clientes, sempre via teleatendimento, seguindo roteiros e *scripts* planejados e controlados para captar, reter ou recuperar clientes.

Com efeito, o depoimento da testemunha Valéria Araújo de Mello (fl. 363) basta à comprovação do exercício da função vindicada. Transcrevo:

(...) que a reclamante exercia as funções de operadora de telemarketing; que vendiam serviços inteligentes, velox, modem etc; (...).

Dou provimento ao recurso da autora neste aspecto, para reconhecer que sua função era “operadora de *telemarketing*”, devendo ser retificada a anotação de sua CTPS neste aspecto.

Enquadramento sindical e diferenças salariais.

Na petição inicial, a reclamante alegou ter sido contratada pela reclamada TNL CONTAX como operadora de *telemarketing* para prestar serviços à segunda reclamada, TELEMAR, recebendo salário inferior ao piso da sua categoria profissional. Requer a aplicação de Convenções Coletivas de Trabalho acostadas com a inicial, instrumentos firmados entre o Sindicato das Indústrias e Empresas de Instalação e Manutenção de Redes, Equipamentos e Sistemas de Telecomunicações do Estado do Rio de Janeiro - SINDIMEST-RJ e o Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações, Operadoras de Sistema de TV por Assinatura, Transmissão de Dados e Correio Eletrônico, Telefonia Móvel Celular, Serviços Troncalizados de Comunicação, Rádio Chamada, *Telemarketing*, Projeto, Construção, Instalação e Operação de Equipamento e Mesas Telefônicas no Estado do Rio de Janeiro - SINTTEL-RJ.

Na sua defesa, a Contax admitiu que mantém relações com o SINTTEL/RJ, mas sustentou a prevalência de Acordos Coletivos de Trabalho firmados diretamente com aquele sindicato. Impugnou o pedido de diferenças salariais porque baseados em norma coletiva de que não foi signatária, sustentando ainda que os acordos coletivos seriam mais benéficos que as convenções.

A contestação da Telemar corroborou os argumentos da Contax.

A sentença acolheu a tese das defesas e julgou improcedentes os pedidos correlatos.

A questão controvertida consiste em decidir se as partes são abrangidas pelas Convenções Coletivas invocadas na inicial, bem como resolver o impasse entre as disposições de convenções e de acordos celebrados por mesmo sindicato profissional.

Com efeito, o art. 620 da CLT ampara a pretensão da reclamante. O dispositivo é claro ao estabelecer que:

As condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo.

Não há dúvida de que as condições da Convenção são mais benéficas, a começar pelo estabelecimento de piso salarial superior, principal contraprestação contratual.

Assim, procede a pretensão autoral de receber diferenças salariais e seus reflexos, com base nas convenções coletivas firmadas pelo SINTTEL com o SINDIMEST.

Devidas as diferenças salariais vindicadas (pedido “f”, fl. 20), com repercussão sobre férias acrescidas de 1/3, 13º salários, FGTS e respectiva indenização de 40%. Indevida repercussão sobre a remuneração do repouso semanal, visto que as diferenças deferidas se referem a salário mensal, que já abrange o pagamento do descanso semanal (§ 2º do art. 7º da Lei nº 605/49).

Pausas de 10 minutos a cada 50 trabalhados.

Como corolário do reconhecimento do direito à aplicação das Convenções Coletivas SINTTEL/SINDIMEST, merece ser deferido o pedido de cumprimento das cláusulas 9ª da convenção 2003/2004 (fl. 40) e 10 das convenções 2004/2005, 2005/2006 e 2006/2007 (fls. 43, 48 e 52) pertinente à pausa de 10 minutos a cada 50 efetivamente trabalhados, confessadamente não concedidas.

Em vista do cumprimento incontroverso de jornada habitual de seis horas, a soma dos intervalos sonogados perfaz 60 minutos diários trabalhados extraordinariamente, a serem pagos com adicional de 50%, gerando repercussões sobre a remuneração do repouso semanal, à razão de 1/6; sobre férias acrescidas de 1/3, 13º salário, FGTS e respectiva indenização de 40%.

Trabalho excedente à sexta hora trabalhada diariamente.

A inicial relatou que a autora trabalhava apenas seis horas por dia, o que aliás foi confirmado pela própria em depoimento pessoal (fl. 362). O fato de a testemunha ouvida ter narrado jornadas mais elasticadas não permite deferimento além do que foi delineado pelo pedido e pela causa de pedir.

A única alegação de prestação de trabalho excedente às seis horas diárias refere-se à medição da Anatel. A reclamante narrou que prestava habitualmente jornada de seis horas diárias, porém, uma vez por mês, quando havia fiscalização da Anatel, era compelida a permanecer trabalhando por mais duas horas.

Além de ser tema recorrente em processos similares, tendo assim notoriedade, o depoimento da testemunha Valéria Araújo de Mello (fl. 363) mais uma vez contém registro útil ao deslinde da questão:

(...) que o termo fiscalização e medição da Anatel significa uma medição de fluxo de ligações, a qual era realizada de 15 em 15 dias, quando os empregados realizavam horas extras e até mesmo dobravam; que a reclamante participava de tal medição; (...).

A discrepância entre as alegações da peça vestibular e o relato da testemunha quanto à periodicidade da fiscalização (mensal e quinzenal, respectivamente), a meu ver, não impede o deferimento: a prova oral está sempre sujeita à falibilidade da memória humana. O que importa à solução da controvérsia em tela é a afirmação de que o fato realmente ocorria, e se verificava ao menos uma vez por mês.

Dou provimento parcial ao recurso da reclamante neste aspecto, para deferir-lhe pagamento de duas horas extras por mês trabalhado, a serem pagas com adicional de 50%, com repercussões sobre férias acrescidas de 1/3, 13º salário, FGTS e respectiva indenização de 40%. A periodicidade mensal da sobrejornada leva à improcedência do pedido de reflexos sobre repouso semanais.

Intervalo intrajornada.

Embora a jornada contratual da reclamante não lhe garantisse mais que 15 minutos de intervalo (art. 71, § 1º, da CLT), nos dias de medição da Anatel a autora excedia seis horas diárias de trabalho e, portanto, faz jus ao pagamento do intervalo não concedido, nos limites do pedido (45 minutos, item “h”, fl. 20), em um dia por mês.

Deferem-se os mesmos reflexos reconhecidos à autora em razão da prestação de sobrejornada verificada no tópico anterior, e de cuja procedência deriva (OJ nº 354 da SBDI-I do C. TST).

Indenização por dano moral.

A causa de pedir narrada no aditamento à inicial (fls. 79/81) era de que a autora era humilhada por seus superiores ao sofrer restrições para uso do banheiro, pois só dispunha de cinco minutos por jornada para utilizar as instalações sanitárias, sofrendo punições caso fosse ultrapassado esse limite.

O testemunho prestado pela Srª Valéria confirmou a denúncia:

(...) que a reclamante foi advertida várias vezes, verbalmente, por extrapolar o tempo destinado à pausa para o banheiro; que presenciou a reclamante solicitando à supervisora a sua ida ao banheiro (...), o que foi negado pela supervisora; (...); que todos os supervisores impediam os empregados de ir ao banheiro fora do horário destinado para tanto; que quando extrapolavam horário destinado ao banheiro, os supervisores iam apanhá-las no banheiro; que trabalharam no 7º andar do prédio do Engenho de Dentro e nos 8º e 9º andares do prédio do Passeio; que no prédio do Engenho de Dentro só havia um banheiro e no do Passeio havia vários banheiros, porém nenhum no andar no qual trabalhavam; (...). (fl. 363)

Note-se que a atividade de teleatendimento recentemente veio a ser disciplinada em NR específica (anexo II da NR-17, de março de 2007). Apesar de obviamente a empregadora não estar obrigada a cumprir disposições da norma regulamentadora editada após o desligamento, é relevante destacar que o atual norteamto do Ministério do Trabalho e Emprego em relação às atividades de teleatendimento e de *telemarketing* exsurgiu porque há muito já demandava regulamentação, especialmente quanto à reiterada restrição dos empregadores à utilização das instalações sanitárias pelos trabalhadores. Eis o teor do item 5.7 do referido Anexo:

5.7. Com o fim de permitir a satisfação das necessidades fisiológicas, as empresas devem permitir que os operadores saiam de seus postos de trabalho a qualquer momento da jornada, sem repercussões sobre suas avaliações e remunerações.

É importante registrar que a criação de regras cogentes por parte do Ministério do Trabalho e Emprego foi uma resposta a abusos perpetrados pelos empregadores na atividade de teleatendimento, e corrobora como esta prática nefasta (a criação de obstáculos ao uso do banheiro durante a jornada) se disseminou e quão necessário era coibi-la.

E, de fato, a conduta patronal demonstrada nos autos merece repúdio e justifica condenação ao pagamento de reparação pelo dano imaterial.

A restrição das oportunidades de uso e do tempo empregado pelo trabalhador nas instalações sanitárias durante a jornada, de fato, excede os limites do poder diretivo patronal porque viola direito à intimidade e à privacidade, previsto constitucionalmente (inciso X do art. 5º), impondo-lhe situação humilhante e constrangedora.

Resta agora a definição do valor reparatório. No Brasil, para quantificar-se a compensação do dano moral, adota-se o sistema aberto, em que o juiz tem a liberdade para fixar o *quantum*. O julgador deve levar em conta o duplo caráter da indenização: o satisfativo, porque visa a compensar o sofrimento da vítima, e o punitivo, objetivando desestimular a ação ou omissão verificada, em que se reconhece o potencial de causar danos a outrem.

Na fixação desse montante, diversas variáveis devem ser sopesadas: a repetitividade da conduta lesiva do empregador, o caráter punitivo e pedagógico da prestação jurisdicional para coibir essa conduta, o porte da empresa, tudo em contraposição à vedação existente em nosso direito positivo ao enriquecimento sem causa.

Pesando todas essas circunstâncias, fixo o valor da reparação em R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Considero que tal importância tem a expressão patrimonial necessária tanto à repressão da conduta patronal abusiva, como à atenuação da dor da empregada lesada.

Dou provimento.

Honorários advocatícios.

São indevidos, por não preenchidos os requisitos previstos no artigo 14 da Lei nº 5.584/70, conforme jurisprudência pacífica contida nas Súmulas nº 219 e 329 do C. TST.

Recurso adesivo de CONTAX S/A

Quitação geral. Súmula 330 do C. TST.

O fato de o termo de rescisão do contrato de trabalho ter sido homologado pelo sindicato profissional, deixando o empregado de consignar alguma ressalva feita no instrumento, somente dá eficácia liberatória quanto aos valores ali consignados, sendo esta a exegese do art. 477, § 2º, da CLT, não tendo, por óbvio, o condão de impedir o exercício regular do direito de ação, sob pena de ter-se nesta prática afronta ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Rejeito o argumento.

Responsabilização subsidiária da segunda ré.

A primeira reclamada não tem legitimidade para tentar reformar a condenação subsidiária da segunda, que preferiu não interpor recurso.

Nada a deferir.

Multa do art. 477, § 8º, da CLT.

Alega a recorrente que, apesar de a homologação ter ocorrido tardiamente, o depósito das verbas rescisórias teria sido apazado.

Tenho entendido que o pagamento dos títulos rescisórios antes da efetiva homologação de fato pode afastar direito do trabalhador à multa, considerando que a marcação de data para a formalidade, por envolver terceiros, pode vir a ser dificultada por circunstâncias alheias à vontade do devedor.

Ocorre que a autora foi dispensada em 04/04/2006, a homologação ocorreu em 19/04/2006, e o termo de rescisão de contrato de trabalho (fl. 236) não veio acompanhado de comprovação do depósito supostamente efetuado em 10/04/2006. Neste contexto, é devida a multa.

Nego provimento.

Devolução de descontos.

A restituição deferida na sentença se refere a valor descontado a título de “insuf saldo mês ant”, e não seguros ou atrasos. A recorrente não explanou claramente a origem do débito cobrado da autora, e, portanto, prevalece a regra do art. 462, *caput*, da CLT.

Nego provimento.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conheço de ambos os recursos; no mérito, nego provimento ao recurso adesivo de CONTAX S/A e dou provimento parcial ao apelo da reclamante para:

- a) determinar retificação da função anotada em CTPS, para que passe a constar “operadora de telemarketing”;
- b) deferir:
 - 1) o benefício da gratuidade de justiça;
 - 2) diferenças salariais em relação aos pisos previstos em convenções coletivas, com as repercussões indicadas na fundamentação;
 - 3) pagamento de 60 minutos diários trabalhados extraordinariamente, decorrentes da não concessão de pausas de 10 minutos a cada 50 laborados, com as repercussões indicadas na fundamentação;
 - 4) pagamento de duas horas extras por mês trabalhado, com as repercussões indicadas na fundamentação;
 - 5) pagamento de 45 minutos de intervalo intrajornada não concedido, em um dia por mês, com as repercussões indicadas na fundamentação;
 - 6) indenização por dano moral no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), que deverá ser atualizado a partir da data deste julgamento.

Para que melhor se ajuste ao valor aproximado dos títulos acrescentados à condenação, altera-se o valor arbitrado em primeiro grau para condenação, de R\$ 1.000,00 para R\$ 10.000,00, fixando-se o valor das custas, por consequência, em R\$ 200,00.

ACORDAM os Desembargadores da Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, **por unanimidade**, conhecer de ambos os recursos; no mérito, negar provimento ao recurso adesivo da CONTAX S/A e, **por maioria**, dar provimento parcial ao apelo da reclamante para: determinar retificação da função anotada em CTPS, para que passe a constar “operadora de *telemarketing*”; deferir: 1) o benefício da gratuidade de justiça; 2) diferenças salariais em relação aos pisos previstos em convenções coletivas, com as repercussões indicadas na fundamentação; 3) pagamento de 60 minutos diários trabalhados extraordinariamente, decorrentes da não concessão de pausas de 10 minutos a cada 50 laborados, com as repercussões indicadas na fundamentação; 4) pagamentos de duas horas extras por mês trabalhado, com as repercussões indicadas na fundamentação; 5) pagamento de 45 minutos de intervalo intrajornada não concedido, em um dia por mês, com as repercussões indicadas na fundamentação; 6) indenização por dano moral no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), que deverá ser atualizado a partir da data deste julgamento, tudo conforme a fundamentação supra. Para que melhor se ajuste ao valor aproximado dos títulos acrescentados à condenação, altera-se o valor arbitrado em primeiro grau para condenação, de R\$ 1.000,00 para R\$ 10.000,00, fixando-se o valor das custas, por consequência, em R\$ 200,00.

Rio de Janeiro, 21 de julho de 2010.

Desembargador Federal Jorge F. Gonçalves da Fonte
Relator

Recurso Ordinário: 0109400-88.2007.5.01.0247

Titulação: Direito do Trabalho. Sentença Normativa/Convenção e Acordo Coletivos de Trabalho.

Palavras-chave: acordo coletivo de trabalho, jornada de trabalho, hora extra, função, convenção coletiva de trabalho

Turma: 6ª

Relator(a): Desembargador Federal Alexandre de Souza Agra Belmonte

Data de julgamento: 19/10/2009

Publicação: 04/11/2009

Convenção coletiva. Sindicato representativo da categoria profissional. Paralelismo simétrico. Horas extras devidas. Assédio moral configurado. Indenização devida. Provimento negado.

Visto, relatado e discutido o presente **RECURSO ORDINÁRIO**, em que são partes **TNL CONTAX S.A.**, como recorrente, e **FELIPE SANTOS PINHEIRO** e **NET SERVIÇOS LTDA.**, como recorridos.

Recorre a ré, em face da r. decisão proferida pela MM. 7ª Vara do Trabalho de Niterói (fls. 275-302), da lavra do Juiz Cláudia Siqueira da Silva Lopes, que julgou procedente em parte o pleito autoral, confirmada pela decisão dos embargos de declaração de fls. 313-314.

Sustenta a ré (fls. 321-336) que são inaplicáveis as Convenções Coletivas oriundas de sindicato do qual não faz parte, qual seja, o Sindimest/RJ. Afirma que tem por objeto o teleatendimento e não poderia estar ligada ao Sindimest que representa as indústrias. Assevera que o Acordo Coletivo firmado deve prevalecer sobre a Convenção, por ser norma específica e que o Acordo firmado é mais benéfico para o empregado do que a Convenção invocada. Aduz que o autor não realizava vendas de produtos e que não restou provado o exercício da função de operadora de *telemarketing*. Argumenta que não há provas que o trabalho era contínuo e ininterrupto, sendo indevida a concessão de pausa de 10 minutos para cada 50 trabalhados. Sustenta que, caso mantida a Convenção Coletiva, deve ser aplicada a jornada ali prevista: 8 horas diárias, 44 horas semanais e o divisor 220, porquanto o operador de *telemarketing* não faz jus a jornada reduzida. Assevera que as horas extras são indevidas, pois os controles de ponto eram idôneos e o autor não fez prova ao contrário. Afirma que havia compensação de jornada através de banco de horas e que a integração do RSR em outras parcelas caracteriza “bis in idem”. Aduz que a indenização por danos morais é indevida, pois não houve lesão a direitos do autor, mas em caso de entendimento contrário, postula que a condenação seja reduzida.

Custas e Depósito Recursal recolhidos a fls. 319-320.

Contrarrazões pelo autor a fls. 346-357, sem preliminares.

Intimada, a 2ª ré não apresentou contrarrazões.

Dispensável a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, diante do que dispõe o art. 85 do Regimento Interno desta Egrégia Corte, e por não evidenciadas as hipóteses dos incisos II e XIII do art. 83 da Lei Complementar 75/93.

É o relatório.

VOTO

Conhecimento

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Da função exercida

Aduz a 1ª ré (Contax) que o autor não realizava vendas de produtos e que não restou provado o exercício da função de operadora de *telemarketing*.

O autor foi admitido em 15/04/2005, tendo sua CTPS registrada como representante de serviços TV NET, sendo dispensado em 01/03/2007.

A ré informa, em sua defesa, que é uma empresa de *Telemarketing* e Teleatendimento e que inexistente em seu quadro o cargo de operador de *telemarketing* (defesa fls. 75 e 87).

Tal assertiva é por demais estranha, pois como uma empresa de *telemarketing* não possui em seu quadro de empregados operadores de *telemarketing*?

Em depoimento pessoal, o autor (fls. 246-247) informou que usava *headset* e computador, trabalhando no *call center* da ré, em PA's; que seu trabalho era dar suporte técnico, esclarecimento financeiro e ofertar produtos; que era receptivo; que olhava no cadastro do cliente os produtos que este não tinha e os ofertava; que se o cliente aceitasse podia fechar o negócio; que as ligações eram sucessivas e que era obrigatória a oferta de produtos, podendo ser pontuado na monitoria ou receber advertência caso não oferecesse produtos.

Os fatos narrados pelo autor foram confirmados nos demais depoimentos dos autos. A preposta (fl. 248) informou que, *verbis*:

[...] que o reclamante trabalhava no suporte técnico, que é setor receptivo; que o reclamante dava suporte aos clientes; [...] que poderia um cliente ligar para o setor do reclamante e pedir produtos; que nesse caso, o reclamante poderia cadastrar o produto pedido pelo cliente; [...] que lido para a preposta o item 02 do item 2.3 do anexo I do contrato entre as rés, que fala que cabe ao DAC da primeira ré gerenciar todos os grupos de atendimento, operador a operador, com visualização por ilha, controlando, pelo menos, os tempos de login, pausa, disse que operador pode se referir a operador de atendimento; **que há o cargo de operador de atendimento na primeira ré; que faz atendimento a cliente por telefone; que usa *head-set* e computador; que é a mesma coisa feita pelo reclamante [...].**

A testemunha do autor (fls. 250-251) relatou que, *verbis*:

[...] que trabalhava no suporte técnico do *call center*; que o reclamante também trabalhava no mesmo setor; que era obrigada a fazer vendas de produtos da segunda ré [...].

Por sua vez, a testemunha da ré (fls. 252-253), informou que, *verbis*:

[...] que já trabalhou no setor Virtua com o reclamante, no ano de 2006, em torno de três meses [...]; que era supervisora do reclamante; [...] que quando havia campanhas, o reclamante, embora não fosse obrigado, poderia ofertar produto da segunda ré, caso o cliente perguntasse ou pedisse; [...]; que se tivesse fila, as ligações eram sucessivas; que geralmente estava com fila [...].

Diante do acima relatado, restou claro que, embora a ré negue, o autor efetuava vendas de produtos.

Analisando as atividades exercidas pelo autor, constato que este, de fato, era operador de *telemarketing*.

De acordo com a CBO - Classificação Brasileira de Ocupações do Ministério do Trabalho (disponível em <<http://www.mte.gov.br>>) a descrição sumária das atividades de um Operador de *Telemarketing* (código 4223) é, *verbis*:

Atendem usuários, oferecem serviços e produtos, prestam serviços técnicos especializados, realizam pesquisas, fazem serviços de cobrança e cadastramento de clientes, sempre via teletendimento, seguindo roteiros e *scripts* planejados e controlados para captar, reter ou recuperar clientes.

Ressalto que a função de “Operador de Atendimento”, informado pela preposta, como sendo função idêntica a do autor, segundo o CBO, também se classifica como operador de *telemarketing*, *verbis*:

4223-15 - Operador de *telemarketing* receptivo - Atendente central *telemarketing*, Atendente de informações (*telemarketing*), Atendente de *telemarketing*, **Operador de atendimento receptivo (*telemarketing*)**, Teleoperador receptivo (*telemarketing*).

Assim, mantenho a r. Decisão de primeiro grau que determinou a retificação da CTPS do autor para operador de *telemarketing*.

Nego provimento.

Da norma coletiva aplicável

O autor postulou em sua inicial a aplicação das Convenções Coletivas firmadas entre o SINDMEST e o SINTTEL, o que foi deferido pelo Juízo de primeiro grau, bem como as diferenças salariais e reflexos previstos nestas normas coletivas.

Sustenta a Contax que são inaplicáveis as Convenções Coletivas oriundas de sindicato do qual não faz parte, qual seja, o Sindimest/RJ. Afirma que tem por objeto o teletendimento e não poderia estar ligada ao Sindimest que representa as indústrias. Assevera que o Acordo firmado é mais benéfico para o empregado e que deve prevalecer sobre a Convenção, por ser norma específica.

A matéria não é nova nesta Justiça Especial, este Relator já enfrentou diversos casos semelhantes a este, em outras ações trabalhistas a exemplo dos ROs 00693-2007-078-01-00-1, 01030-2005-012-01-00-0, 2, 00389-2007-042-01-00-3, 00726-2007-064-01-00-0, 00035-2007-246-01-00-1.

A Contax, sociedade atualmente controlada da Telemar, desde sua fundação em 2001 procurou o Sindicato dos empregados em serviços de telefonia (SINTTEL), e propôs uma negociação coletiva em separado. E desde então, vem firmando acordos coletivos de trabalho diretamente com o SINTTEL fls. 124-135.

Para que uma convenção coletiva tenha eficácia e suas cláusulas normativas sejam aplicáveis aos contratos individuais de trabalho, basta que seja pactuada por entidades sindicais representantes da categoria econômica e profissional de patrão e empregado respectivamente, não havendo necessidade que estes individualmente sejam signatários de tal documento, cujos pressupostos de validade restam previstos na legislação (art. 612, 613, 614 da CLT).

Também não é pressuposto de eficácia das normas coletivas que o integrante da categoria por ela abrangida seja associado da entidade sindical conveniente ou acordante, bem como a identificação precisa da função do autor, na medida em que não fazendo parte de categoria classificada como diferenciada (art. 511, parágrafo 3º, CLT), ao seu contrato se aplica a norma coletiva da categoria majoritária.

Adotando o direito positivo pátrio o critério do paralelismo simétrico para a organização sindical, temos que necessariamente no polo oposto ao sindicato de empregadores identifica-se o Sindicato de Empregados.

No caso presente, observa-se nas Convenções Coletivas acostadas (fls. 16-49), de um lado o SINTTEL sindicato que representa o autor, e de outro o SINDIMEST que representa todas as empresas de prestação de serviço e de sistemas de telecomunicações, manutenção e operação de empresas de Rádio Chamadas, Rádio Trunking, Instalações de Sistema de Comunicações e Redes (fl. 17, Cláusula 1ª).

As características das atividades da Contax (fl. 57), são perfeitamente adequadas à representação daquele sindicato patronal:

Capítulo 1 - Das Características da Companhia

art. 2º - A Companhia tem por objeto:

- a) teleatendimento em geral;
- b) serviços de valores adicionados suportados por telecomunicações;
- c) intermediação de produtos e serviços de terceiros em geral por telefone, e-mail e demais meios de comunicação (...).

Por outro lado, nada obsta que acordo coletivo seja negociado, na concomitância de Convenção Coletiva. Por isso o dispositivo legal expresso no art. 620 da Consolidação das Leis do Trabalho orientando o intérprete na comparação de normas coletivas em conflito. Desta forma, a **mera vontade dos sujeitos pactuantes do acordo não está apta a afastar a aplicação da convenção coletiva.**

Este julgador adota o critério do conglobamento ou do conjunto para análise comparativa de normas coletivas (art. 620 da CLT), todavia, *in casu*, adotando-se quaisquer dos critérios de interpretação, a Convenção Coletiva é a norma mais favorável ao autor.

Importante notar que o piso salarial previsto na Convenção Coletiva é para a função de operador de *telemarketing*, assim, se trabalhava o autor 6 horas diárias, seria este o piso a lhe ser pago.

Nada há a alterar na r. sentença, quando deferiu a aplicação da Convenção Coletiva, como a norma mais benéfica ao autor.

Nego provimento.

Da pausa de 10 minutos a cada 50 trabalhados

Argumenta a Contax que não há provas de que o trabalho era contínuo e ininterrupto, sendo indevida a concessão de pausa de 10 minutos para cada 50 trabalhados, com extra.

A pretensão autoral baseou-se na cláusula 10ª da convenção coletiva (fls. 21 e 41), aplicável ao autor, conforme decisão acima, e possui a seguinte redação, *verbis*:

Sempre que a função exigir a utilização de audíofone e terminal de vídeo de forma permanente e ininterrupta, a Empresa praticará a pausa de 10 (dez) minutos, a cada 50 (cinquenta) minutos trabalhados.

As testemunhas e a preposta afirmaram que o autor trabalhava com *headset* e computador e que as ligações eram sucessivas. A testemunha da ré, ex-supervisora do autor, informou que, inclusive, havia fila para atendimento.

Assim, a atividade exercida se enquadra nos parâmetros da norma coletiva.

Nego provimento.

Das horas extras

Sustenta a ré que as horas extras são indevidas, pois os controles de ponto eram idôneos e o autor não fez prova ao contrário e que havia compensação de jornada através de banco de horas. Afirma que caso mantida a Convenção Coletiva deve ser aplicada a jornada ali prevista: 8 horas diárias, 44 horas semanais e o divisor 220, porquanto o operador de telemarketing não faz jus a jornada reduzida. Assevera que a integração do RSR em outras parcelas caracteriza “bis in idem”.

O Juízo de primeiro grau afastou a jornada consignada nos controles e deferiu as horas extras, após a 36ª hora semanal, com adicional de 50% e divisor 180, considerando a seguinte jornada: 4 dias na semana, jornada de 6:15h (6 horas de trabalho e 15 minutos de intervalo) e 2 dias na semana, jornada de 6:35h (6 horas de trabalho, 15 minutos de intervalo e 20 minutos a disposição, aguardando terminal, no início da jornada), sendo que 1 dia por mês a jornada era alterada para 8:15h (6 horas de trabalho, 15 minutos de intervalo e 2 horas de reunião).

Nada há que ser reformado.

O autor impugnou os controles de frequência (ata de fls. 255-256), afirmando que não refletiam a jornada trabalhada, que não registravam as reuniões do setor e os períodos em que aguardava vaga nos PA's, no início da jornada.

A testemunha do autor (fls. 250-251) relatou que trabalhava no mesmo setor do reclamante, exercendo as mesmas funções e que trabalhava “logada”, *verbis*:

[...] que nem sempre conseguia se logar; que não conseguia se logar em média duas a três vezes por semana; que aguardava mais ou menos trinta minutos; que isso acontecia com o reclamante e com todos; que também acontecia de se logar, o equipamento estar ruim e precisar esperar para trocar; que havia reuniões, pelo menos uma vez por mês e fora do horário de trabalho; que a média de duração na equipe do reclamante era de duas horas; [...] que as reuniões às vezes eram antes, às vezes depois do horário; [...]; que embora não trabalhasse sempre no mesmo horário do reclamante, integravam a mesma equipe e sempre estavam na mesma reunião [...].

A existência das reuniões e a sua duração o foram confirmadas pela testemunha da ré (fls. 252-253), ex-supervisora do autor e da testemunha acima, *verbis*:

[...] que havia reuniões, uma vez por mês, que poderia ser feita fora ou dentro do horário de trabalho; [...] que as reuniões que faz normalmente duram de uma a duas horas [...].

Por sua vez, a preposta da Contax informou (fl. 248), *verbis*:

[...] que o reclamante poderia participar de reuniões, que poderiam acontecer fora do horário de trabalho, que sendo durante o horário de trabalho é lançada pausa-reunião; que fora do horário de trabalho o supervisor controla a hora, fazendo uma folha a parte; que as reuniões aconteciam uma vez por mês [...].

Não obstante as informações da preposta, observo pelos controles de frequência (fls. 113-119) que não há registro de “pausa-reunião” ou folha à parte, neste sentido.

Acrescento que a maioria das folhas de ponto não possuem assinatura do autor.

Quanto à aplicação da jornada de 8 horas, prevista na Convenção Coletiva, trata-se de inovação recursal, porquanto a ré nada falou a esse respeito em sua contestação. Mas ainda que assim não fosse, a própria empregadora fixou a jornada de 6 horas diárias e 36 semanais para as atividades exercidas pelo seu empregado, além deste trabalhar em regime de escala, com diversas alterações de horário. Assim, esta é a jornada a ser considerada.

Por fim, o art. 7º, alínea a, da Lei nº 605/49, é claro em determinar que sejam computadas as horas extras no cálculo do repouso semanal remunerado, inclusive para os mensalistas. Assim, há acréscimo na remuneração do autor, pois esta foi afetada pela majoração do repouso e esse acréscimo remuneratório deve ser considerado para o cálculo das parcelas contratuais, tendo em vista que segundo a legislação trabalhista (Art. 142 da CLT, art. 1º, § 1º, da Lei 4.090/62, art. 15 da Lei 8.036/90) tais parcelas devem ser apuradas pela maior remuneração do empregado.

Correta a r. Decisão de primeiro grau.

Nego provimento.

Do dano moral

O Juízo de primeiro grau deferiu ao autor indenização por danos morais, no valor de R\$10.000,00. Argumenta o Juízo que era evidente o dano, pois a ré concedia apenas 5 minutos de intervalo para o autor ir ao banheiro, controlava este horário e, também colocava à vista, a todos os outros empregados, o rendimento do autor, utilizando símbolo ofensivo, em caso de desempenho negativo (polegar para baixo).

Aduz a ré que a indenização por danos morais é indevida, pois não houve lesão a direitos do autor, mas em caso de entendimento contrário, postula que a condenação seja reduzida.

Restou comprovado nos autos que de fato a ré regulava de forma degradante as idas do autor ao banheiro e que o submetia a situação vexatória ao expor sua avaliação de desempenho aos demais empregados.

A preposta, em depoimento pessoal (fl. 248), confirmou que havia na empresa avaliação denominada “atitude” e que esta vinha como um demonstrativo na forma de uma mão, com polegar para cima, quando atingia as metas, na horizontal se estivesse regular e para baixo

se precisasse de treinamento. Afirmou que este documento possuía a relação de todos os funcionários e ficava na baía do supervisor, com acesso de qualquer empregado.

A testemunha de fls. 250-251 informou que um dos fatores considerados na avaliação era o deslocamento ao banheiro. Esclareceu, a testemunha, que a empresa estabelecia 5 minutos para idas ao banheiro e que além deste período, se houvesse necessidade, o empregado deveria informar ao supervisor os motivos; que muitas vezes havia advertência quando ultrapassava o período estabelecido e que quando havia fila de atendimento não podia sair. Acrescentou a testemunha que o autor teve avaliação negativa (polegar para baixo) e que quando isso aconteceu outro empregado gritou: “e aí, tirou outro zero”. A testemunha informou que havia chacota e comentários pela avaliação negativa, no sentido de que a pessoa não aprendia.

A testemunha da ré (fl. 252) confirmou que a pausa-banheiro influenciava na avaliação ao relatar que, se todas as pausas somadas (banheiro, ambulatório e lance) ultrapassassem a 30 minutos, influenciava na “aderência” e conseqüentemente na promoção. Também informou a testemunha que os empregados comentavam entre si o fato de o polegar da mãozinha estar para baixo ou para cima.

A prova oral existente comprova, portanto, as lesões sofridas pelo autor, decorrentes do abuso, pelo empregador, do poder diretivo.

Com efeito, restou evidenciado que a inobservância pelos empregados da limitação temporal no uso do banheiro implicava em perda de pontos, na sua avaliação funcional, configurando, assim, flagrante assédio moral, decorrente do constrangimento para a sua não utilização.

No mesmo sentido, a divulgação pública de baixo desempenho implicava em constrangimento a uma maior produção por parte do trabalhador, configurando clara sistemática pejorativa e impositiva de humilhações, e não de estímulo a melhor desempenho.

Por tais razões, entendo adequada a fixação do dano moral no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Nego provimento.

Ante o exposto, **CONHEÇO** do recurso ordinário interposto pela ré (Contax) e, no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO**, conforme fundamentação supra.

ACORDAM os Desembargadores da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, **CONHECER** do recurso ordinário interposto pela ré (Contax) e, mérito, por maioria, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, conforme fundamentação do voto do Desembargador Relator, vencidos os Desembargadores Nelson Tomaz Braga, que dava parcial provimento ao recurso, para excluir da condenação a indenização por dano moral, e Theocrito Borges dos Santos Filho, que reduzia o valor da referida indenização para R\$5.000,00. Presente o Dr. Paulo Roberto Muniz Martins.

Rio de Janeiro, 19 de outubro de 2009.

Desembargador Federal do Trabalho Alexandre Agra Belmonte
Relator

Recurso Ordinário: 0025400-79.2005.5.01.0004

Titulação: Direito do Trabalho. Sentença Normativa/Convenção e Acordo Coletivos de Trabalho.

Palavras-chave: convenção coletiva de trabalho, ilegitimidade passiva, responsabilidade subsidiária, lide

Turma: 2ª

Relator(a): Desembargador Federal Valmir de Araujo Carvalho

Data de julgamento: 21/9/2010

Publicação: 05/10/2010

As convenções coletivas foram pactuadas entre as entidades sindicais representativas da categoria profissional da autora e da categoria econômica da ré, abrangendo em razão disso todas as empresas e respectivos empregados englobados nas respectivas categorias econômicas e profissionais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, em que são partes: **BANCO CITIBANK S.A.** e **TATIANE JANICE DE AMORIM**, como recorrentes e **TATIANE JANICE DE AMORIM, TELE SOLUÇÕES TELEMARKETING LTDA., NEW LABOR CONSULTORIA E ADMINISTRAÇÃO LTDA.** e **BANCO CITIBANK S.A.** como recorridos.

Insurgem-se a terceira reclamada e a reclamante contra a decisão, de fls. 206/208, proferida pelo Juiz da 4ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro/RJ, Dr. Epílogo Pinto de Medeiros Baptista, que julgou procedente em parte o pedido.

Embargos de declaração rejeitados a fls. 259v.

Manifesta a terceira reclamada seu inconformismo a fls. 233/244, aduzindo, em resumo, que é parte ilegítima para figurar na lide, pois que a reclamante jamais foi sua empregada, não podendo ser destinatária de qualquer condenação. Assevera ser indevida a responsabilidade subsidiária, pois que lícito o contrato de prestação de serviços. Aduz que devida se faz a reforma do julgado quanto às horas extras, uma vez evidente o mau enquadramento da prova. Aduz que não foi considerado que a defesa apresentada pela recorrente aproveita à primeira ré, pois que se trata de litisconsórcio passivo, a teor do art. 320, inciso I, do CPC. Enfatiza os termos do depoimento pessoal da autora, que declarou nunca ter prestado serviços em estabelecimento da terceira ré. Entende indevida a condenação em horas extras a partir da sexta laborada. Alega que não há qualquer indício que a reclamante recebesse qualquer pagamento por fora, pois que indevida aplicação da revelia quando existe pluralidade de réus, o que de fato ocorreu, tornado-se controvertidos os termos do pedido. Assim, requer a reforma do julgado quanto à integração da remuneração variável, diferenças de férias, décimo terceiro salário e FGTS decorrentes da comissão.

Manifesta a reclamante seu inconformismo a fls. 262/278, aduzindo, em resumo, que devido se faz o deferimento dos benefícios da gratuidade de justiça. Assevera que era operadora de telemarketing ativo e que devida se faz a aplicação das normas coletivas juntas aos autos, restando devidas as diferenças salariais, vale alimentação e horas extras pela ausência de pausa de dez minutos a cada cinquenta laborados.

Preparo a fls. 246/247.

Contrarrrazões da terceira reclamada, a fls. 303/316, frisando que não merece prosperar o recurso interposto. Requer seja negado provimento ao presente recurso.

Contrarrrazões da reclamante, a fls. 328/330, frisando que não merece prosperar o recurso interposto, devendo ser mantida *in totum* a r. decisão *a quo*. Requer seja negado provimento ao presente recurso.

As primeira e segunda reclamadas, apesar de regularmente notificadas (fl. 302), não apresentaram contrarrrazões.

Por não se tratar de hipótese prevista no item I do artigo 85 do Regimento Interno deste Tribunal, tampouco de quaisquer das previstas no Ofício PRT/1ª Reg. nº 027/08-GAB, de 15/01/2008, e haja vista os termos das manifestações constantes em processos análogos, os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

Conhecimento

Conheço de ambos os recursos ordinários, por preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Mérito

Recurso do Banco Citibank S/A

Da Ilegitimidade Passiva ad causam e da Responsabilidade Subsidiária

Pretende a recorrente a reforma do julgado, a fim de ser excluída da lide por ser parte manifestamente ilegítima, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, e parágrafo terceiro, do CPC, ou para que seja julgado improcedente o pedido de responsabilidade subsidiária.

Tem legitimidade passiva aquele contra quem o autor apresenta sua pretensão. Não há que se confundir relação jurídica material com relação jurídica processual. Nesta, a simples indicação pelo credor de que o réu é o devedor do direito material, basta para legitimá-lo para responder a ação.

Por outro lado, em razão da autora ter apontado o recorrente como tomador de serviços, ele tem interesse no resultado da lide, razão pela qual é parte legítima para figurar no polo passivo da ação, conforme o disposto no artigo 3º do Código de Processo Civil.

Restou incontroverso nos autos que a reclamante foi admitida pela primeira ré, New Labor, e que esta firmou contrato de prestação de serviços com a segunda ré, Tele Soluções, que por sua vez firmou outro contrato de prestação de serviços de teleatendimento e tele vendas com o terceiro reclamado, Banco Citibank. Verifica-se que não foi negada a prestação de serviços da reclamante para o Banco Citibank, apenas foi dito pela segunda ré, Tele Soluções, que a autora jamais lhe prestou serviços de forma exclusiva, fl. 113, e pela terceira ré, que jamais foi sua empregada, não estando presentes os requisitos do vínculo empregatício, fls. 123 e seguintes.

Laborava a autora na função de operadora de telemarketing como registrado em sua CTPS fl. 13, vendendo cartões de crédito da terceira ré, tendo esta alguns dos seus objetos sociais a emissão e a administração de cartões de crédito próprios ou de terceiros. Atuando a reclamante na atividade-fim da terceira ré, é entendimento deste relator que devido seria o reconhecimento do vínculo de emprego com o Banco Citibank, porém não foi este pleito formulado, mas tão-somente o de responsabilidade subsidiária, condenação que se mantém.

É inquestionável que se admite no nosso ordenamento jurídico a contratação de mão de obra por meio de terceiro, possibilidade advinda do Decreto-Lei 200/67, que trouxe às relações do trabalho sensíveis mudanças. É o denominado fenômeno da terceirização, termo assim definido pelo insigne jurista Maurício Godinho Delgado:

Terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica juristrabalhista que lhe seria correspondente. O fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estenda, a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. (Curso de Direito do Trabalho / Maurício Godinho Delgado - 2ª Ed. - São Paulo: LTr, 2003, pág. 424.)

Na terceirização a relação que se estabelece é triangular, que se forma entre a empresa interveniente, o prestador de serviços e o tomador de serviços.

Considerando a possibilidade de a lei permitir esse modo de contratação, diz-se ainda que a terceirização pode ser lícita ou ilícita. No ordenamento jurídico pátrio são exemplos da primeira, as contratações realizadas com base nas Leis nº 6.019/74 e 7.102/83, para as atividades de conservação e limpeza, ou ainda no caso de serviços especializados jungidos à atividade-meio do tomador, tal qual define a Súmula nº 331 do TST.

Inegável, todavia, e disso nos dão notícias as milhares de ações que tramitam nessa Especializada, que o modelo não logrou êxito. Isso porque, via de regra, as empresas que contratam a mão de obra são constituídas sem lastro financeiro, do que resulta que os trabalhadores são obrigados a recorrer ao Judiciário, em busca dos seus direitos. A inidoneidade das empresas interpostas se manifesta por um modo curioso. Posto que não se tenham dados estatísticos, a experiência tem mostrado que muitas das vezes aquelas empresas são julgadas à revelia, ou ainda, vezes outras se verifica que tiveram sua falência decretada.

Criou-se assim uma situação crucial com a penalização da parte mais fraca da relação, qual seja, o trabalhador, que não pode cobrar daquela que o contrata, tampouco daquela para a qual presta serviços, que lavam as mãos procurando se isentar de qualquer responsabilidade, negando a existência de vínculo, acenando com a existência de um contrato firmado com a empresa interveniente, que fora rigorosamente cumprido, e ainda, quando se trate de contratação por ente da Administração Pública, a invocação da malfadada Lei nº 8.666/93.

O entendimento adotado pela Súmula nº 331 do TST, especificamente no item IV, que ao contrário do que alegado por alguns nada tem de inconstitucional, alegação, aliás, que nunca vem acompanhada de qualquer fundamento jurídico, trata da questão com rara sensibilidade:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto aquelas obrigações, inclusive, quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (art. 71 - Lei nº 8.666, de 21.06.93.)

Já se viu que a falibilidade do modelo é manifesta, levando à discussão quanto à responsabilidade. O que é inegável é que não se pode imputar ao trabalhador o pagamento da conta da terceirização. Assim, louvável o entendimento supra. A responsabilidade é do tomador de serviços, seja por culpa *in eligendo*, por não ter selecionado, de forma meticulosa, a empresa prestadora dos serviços, informando-se acerca de sua idoneidade e capacidade de proceder à quitação das obrigações decorrentes do exercício daquela atividade; seja porque não cumpriu o poder-dever de vigiar e fiscalizar o cumprimento dos deveres da contratada, incorrendo, pois, em culpa *in vigilando*.

Não sensibiliza a alegação de alguns de que a responsabilidade do tomador de serviços não está prevista no ordenamento jurídico pátrio. A hipótese está preconizada no art. 455 da CLT, o qual responsabiliza o empreiteiro principal nos contratos de subempreitada. Tem-se, no caso, a perfeita aplicação do art. 8º da CLT, que permite se recorra à analogia, à falta de disposição legal.

Também o art. 16 da Lei nº 6.019/74 estabelece a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços, tanto pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, como pela remuneração e indenização lá referidos, com relação ao período em que aquela empresa se beneficiou da prestação de serviços, fundamento aliás que serve de base à responsabilização no caso, mormente considerando o princípio que emerge do art. 9º da CLT, que confere nulidade aos atos que têm como escopo desvirtuar, impedir ou fraudar o que preconizado na Consolidação Trabalhista.

Neste contexto, a responsabilidade, ainda que de modo subsidiário, é do tomador de serviços. Disso não há fugir.

No mesmo sentido, ou seja da responsabilidade do tomador de serviços, é o entendimento do eminente jurista e magistrado Francisco Antônio de Oliveira ao comentar o item IV da supracitada súmula:

(...) É que em sendo tomadora da força da mão-de-obra, terá responsabilidade subsidiária com suporte na culpa *in vigilando* e *in eligendo* (art. 159 do Código Civil), já que o crédito trabalhista é superprivilegiado. E se assim não for, o trabalhador ficará completamente desprotegido e será parte prejudicada, enquanto a empresa interposta recebe a paga e não a repassa e a tomadora engloba no seu patrimônio a força do trabalho. A irresponsabilidade poderia levar ao incentivo de conluio entre a empresa tomadora e a fornecedora da mão-de-obra. Tem-se aqui a aplicação analógica do art. 455 da CLT, (...). (Francisco Antônio de Oliveira. Comentários aos Enunciados do TST, 5ª ed. rev. e atual. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pág. 878).

O só fato do não pagamento do crédito trabalhista por parte do empregador justifica a responsabilidade subsidiária em face da configuração das culpas *in eligendo* e *in vigilando*.

Saliente-se que é evidente que inicialmente serão exauridas as possibilidades de satisfação do crédito por intermédio da primeira reclamada. No que diz respeito à execução dos sócios da primeira ré é matéria atinente à execução.

Destarte, improcede a irresignação da recorrente, não havendo que se falar em violação das normas legais e constitucionais invocadas.

Nego provimento.

Das Horas Extras

Devida a manutenção do deferimento das horas extras, uma vez aplicada a pena de confissão à primeira empresa, apresentada defesa genérica pelo Banco recorrente, fl. 135, e a segunda ré, em defesa, aduzindo jornada diversa da apresentada pela reclamante, não carrou aos autos os controles de frequência, ônus que incumbia às reclamadas. Assim, a teor da Súmula nº 338, inciso I, do C. TST, devido o deferimento das horas extras. Atenta-se para o fato de que a segunda ré alegou compensação de jornada, porém não juntou os controles como acima já relatado, o que impede a verificação da compensação alegada.

Saliente-se que o fato de a reclamante ter declarado em depoimento que nunca trabalhou no estabelecimento da terceira reclamada, não exime a recorrente, ante a subsidiariedade aplicada, de responder pela condenação.

Destarte, mantém-se a condenação.

Nego provimento.

Do Salário “Por Fora”

Devida a manutenção da condenação, ante a pena de confissão aplicada a primeira ré. Destaca-se que o fato de a reclamante não laborar nas dependências da terceira ré, não eximiria a recorrente de responder pela condenação, tendo em vista a responsabilidade subsidiária reconhecida pelo julgador.

De mais a mais, saliente-se que a segunda ré apresentou, em defesa, fato modificativo, pois que alegou que para estimular os empregados, em alguns meses, trabalhava com o “sistema de metas”, pagando valores pré-determinados, caso o funcionário atingisse a meta, o que jamais teria ocorrido com a reclamante. Assim, fixados os limites da lide, tem-se que incumbia às rés a prova do fato modificativo alegado, do qual não se desincumbiram.

Destarte, conjugando-se a questão da distribuição do ônus da prova e a aplicação da pena de confissão à primeira ré, tem-se por manter a condenação.

Nego provimento.

Recurso do Reclamante

Da Gratuidade de Justiça

A gratuidade judiciária é um direito previsto no texto constitucional e regulamentado pela legislação infraconstitucional (Lei nº 1.060/50, Lei nº 5.584/70 e parágrafo 3º do art. 790 da Consolidação das Leis do Trabalho).

Pode até mesmo ser deferida de ofício pelo Juiz do Trabalho, conforme o disposto no parágrafo 3º do art. 790 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O processo tem sentido instrumental e é um método de atuação do direito objetivo.

Os que não possuem recursos para demandar em Juízo devem ter assegurada a via do Judiciário. E a gratuidade judiciária foi concebida para que o Estado possa tornar viável o exercício do direito de petição pelo interessado juridicamente necessitado (Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a” e Lei nº 1.060/50).

O fato de ter a reclamante contratado advogado particular não significa dizer que o benefício não tem cabimento. A contratação de advogado particular é uma prerrogativa de qualquer cidadão. A lei não afasta o direito à gratuidade judiciária em virtude da contratação de advogado particular.

Ademais, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho já se posicionou no sentido de o benefício da justiça gratuita poder ser requerido em qualquer tempo ou grau de jurisdição (tema nº 269 da OJ-SDI-I).

Na hipótese o autor apresenta declaração de pobreza, fl. 14.

Diante do exposto e tendo em vista o parágrafo terceiro do art. 790 da CLT, defiro a gratuidade judiciária para todos os efeitos legais.

Dou provimento.

Da Aplicação da Normas Coletivas e da Função de Operadora de Telemarketing

Sustentou a autora que foi contratada pela primeira reclamada para trabalhar na segunda ré, vendendo produtos da terceira ré, na função de operadora de telemarketing, cujo piso salarial da categoria era superior ao que vinha percebendo. Aponta desrespeito à norma coletiva da categoria, estando sua CTPS anotada com a função de Atendente de Telemarketing. Assim, considera devidas as diferenças salariais referentes à função de operador de telemarketing, na conformidade da norma coletiva da categoria firmada entre a SINDIMEST/RJ e SINTTEL/RJ. Invoca também pagamento de auxílio-refeição, conforme estipulado na cláusula da Convenção Coletiva. Assevera que também não foram observadas as cláusulas 9ª da Convenção Coletiva e NR nº 17, item 6.4, letra “d”, estipulando a pausa de dez minutos a cada cinquenta trabalhados, quando a função exigir o uso de audíofone e terminal de vídeo de forma permanente e ininterrupta.

Com razão.

As reclamadas, em suas defesas, aduziram ser inviável *in casu* a aplicação do instrumento coletivo apresentado pela reclamante para reger as presentes relações laborais. Afirma a primeira ré, New Labor Consultoria e Administração Ltda., que a Convenção Coletiva anexada pela reclamante não lhe era aplicável diante da controvérsia existente sobre qual sindicato que detinha a representatividade da categoria profissional das autora. A segunda ré aduz que o sindicato legitimado é o dos Empregados de Agentes Autônomos do Comércio e Empresas de Assessoramento, Periciais, Informações e Pesquisas do Município do Rio de Janeiro

O eminente Juiz de primeira instância não acolheu a tese autoral, por entender que a empregadora da autora pertencer a categoria econômica diversa das empresas reclamadas, não havendo postulação de vínculo direto com o segundo réu, julgando improcedentes os pedidos relacionados.

Diante da invalidade do contrato temporário avençado entre a primeira e segunda ré e considerando que a força de trabalho da reclamante se deu em prol da tomadora de

serviços, como já analisado no capítulo anterior, tem-se por certo que lhe são aplicáveis as normas coletivas da categoria carreadas aos autos pela autora, tendo em vista que foram pactuadas entre o Sindicato das Indústrias e Empresas de Instalação e Manutenção de Redes, Equipamentos e Sistemas de Telecomunicações do Estado do Rio de Janeiro, SINDIMEST/RJ, atividade preponderante da primeira reclamada, e os trabalhadores em empresas de Telecomunicações, Operadoras de Sistemas de TV por Assinatura, Transmissão de Dados e Correio Eletrônico, Telefonia Móvel Celular, Serviços Troncalizados de Comunicação, Rádio Chamada, Telemarketing, Projeto, Construção, Instalação e Operação de Equipamentos e Mesas Telefônicas no Estado do Rio de Janeiro, SINTTEL, abrangendo a atividade exercida pela reclamante.

Acrescente-se que a cláusula primeira da Convenção Coletiva acostada (fl. 28), ano 2003/2004, é esclarecedora, pois ali está escrito que dita norma abrange os trabalhadores de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, sendo a hipótese das primeira e segunda reclamadas, que são prestadoras de serviços como acima visto. Tenho conhecimento ainda, em razão do julgamento de outros processos envolvendo as reclamadas, que normas coletivas posteriores afirmam, quando trata da abrangência, que as disposições da norma coletiva serão aplicadas às empresas não elencadas no seu preâmbulo e que, embora não pertencentes ao Grupo de Empresas de Telecomunicações, tenham telefonistas em seu quadro de pessoal e/ou prestem serviços de telemarketing.

Assim, as convenções coletivas foram pactuadas entre as entidades sindicais representativas da categoria profissional da autora e da categoria econômica da primeira ré, abrangendo em razão disso todas as empresas e respectivos empregados englobados nas respectivas categorias econômicas e profissionais.

Deste modo, é irrelevante o fato de a reclamante contribuir para o outro Sindicato, já que a associação sindical é livre, conforme disposto na CF em seu artigo 5º, inciso XVII, e o enquadramento sindical é determinado em função da atividade preponderante do empregador.

Ressalte-se que a função exercida pela autora era de operador de telemarketing, nos termos descritos na CBO - Classificação Brasileira de Ocupações, divulgada pelo Ministério do Trabalho. Segundo a descrição sumária, contida nesta classificação, operador de telemarketing é aquele que atende usuários, oferece serviços e produtos, presta serviços técnicos especializados, realiza pesquisas, faz serviços de cobrança e cadastramento de clientes, sempre via teleatendimento, seguindo roteiros e *scripts* planejados e controlados para captar, reter ou recuperar clientes. O Ministério do Trabalho classifica, ainda, a função de operador de telemarketing em ativo, receptivo, ativo e receptivo, híbrido e, por fim, técnico.

Na hipótese, aplicada a pena de confissão à primeira ré, tem-se por verdadeiras as afirmativas da exordial acerca da função exercida.

Contundo, entendo que a aplicação das normas coletivas invocadas pela reclamante seria possível por outro argumento, qual seja, com base no princípio da isonomia. A questão não é nova, estando prevista expressamente na Lei nº 6.019/74, que assegura no inciso I do artigo 12, ao trabalhador temporário, “remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional”. O ordenamento jurídico pátrio, portanto, já prevê tal possibilidade, se afigurando o princípio apontado, que tem inclusive, assento na Constituição Federal, o melhor caminho para o deferimento da pretensão.

Desta forma, são devidas as diferenças salariais pleiteadas, uma vez que é aplicável à reclamante o instrumento normativo acima referido que estabelece salários específicos para os operadores de telemarketing, superiores àqueles que vinham sendo pagos.

Devidas a retificação na CTPS da autora e as diferenças salariais, com os reflexos pretendidos, conforme pedido da exordial. Indevida, porém, a aplicação do art. 467 da CLT, uma vez que a hipótese não é de condenação em verba resilitória e a questão é controvertida.

Procedente, ainda, o pleito de tíquetes refeições, conforme previsto nas convenções coletivas juntadas.

Pela aplicação da cláusula 9ª da Convenção Coletiva, devido o pleito de horas extras. Diante da confissão aplicada à primeira reclamada, e a ausência de prova em contrário, tem-se que a autora laborava com telefone e computador e que sua atividade era ininterrupta, atendendo os requisitos impostos pela norma coletiva. Ante a habitualidade, devidos os reflexos perseguidos.

Dou provimento parcial.

Isto posto, voto por conhecer e, no mérito, negar provimento ao recurso da terceira reclamada e dar parcial provimento ao recurso da reclamante, reformar a r. sentença para deferir os benefícios da gratuidade de justiça e acrescentar à condenação os pleitos de retificação da CTPS, pagamento de diferenças salariais (à exceção da multa do art. 467 da CLT), indenização de vales refeições e horas extras referentes a pausa de dez minutos a cada cinquenta minutos trabalhados e reflexos perseguidos na exordial. Mantenho os valores arbitrados a fls. 208 para efeito de condenação e custas.

ACORDAM os Desembargadores da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, **por unanimidade**, conhecer dos recursos, no mérito, também **por unanimidade**, negar provimento ao recurso da terceira reclamada e, por maioria, dar parcial provimento ao recurso da reclamante, reformando a r. sentença para deferir os benefícios da gratuidade de justiça e acrescentar à condenação os pleitos de retificação da CTPS, pagamento de diferenças salariais (à exceção da multa do art. 467 da CLT), indenização de vales refeições e horas extras referentes a pausa de dez minutos a cada cinquenta minutos trabalhados e reflexos perseguidos na exordial. Mantêm-se os valores arbitrados a fls. 208 para efeito de condenação e custas, vencido o Desembargador José Carlos Novis Cesar no tocante ao deferimento das diferenças salariais decorrentes da aplicação das normas coletivas.

Rio de Janeiro, 21 de setembro de 2010.

Desembargador Federal Valmir de Araujo Carvalho

Relator

Recurso de Revista: 27500-89.2005.5.10.0801

Titulação: Direito do Trabalho. Responsabilidade Solidária/Subsidiária. Tomador de Serviços/Terceirização. Ente Público.

Palavras-chave: concessionária, serviço público, ilegalidade, tutela jurisdicional

Turma: 1ª

Relator(a): Ministro Walmir Oliveira da Costa

Data de julgamento: 09/6/2010

Publicação: 18/6/2010

Recurso de revista. Concessionária de serviços públicos. Terceirização de serviços compreendidos na atividade-fim. Ilegalidade. A interpretação teleológica do disposto no art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95 - para efeito de incidência da norma às relações de trabalho e sob os influxos dos princípios constitucionais da valorização do trabalho e da dignidade humana - conduz à conclusão de que a contratação de terceiros por empresa concessionária de energia elétrica não pode atingir o objeto central do serviço público concedido. Somente pode ser contratada parcela acessória ou não essencial ao contrato, ou seja, as atividades-meio. Se o legislador tivesse a intenção de permitir a terceirização de atividades essenciais do setor elétrico, não teria adotado a expressão atividades “inerentes”, mas o diria de forma expressa. Portanto, a norma apresenta conceito aberto, permitindo que o intérprete, ao aplicá-la, concilie os valores democráticos da livre iniciativa e do direito ao trabalho. Incidente a diretriz da Súmula nº 331, I, desta Corte Superior, que disciplina as hipóteses de terceirização nas relações de trabalho, à falta de lei específica. Precedente da SBDI-1 do TST. **Recurso de revista conhecido, nesse particular, e parcialmente provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-27500-89.2005.5.10.0801**, em que é Recorrente **COMPANHIA DE ENERGIA ELÉTRICA DO ESTADO DO TOCANTINS - CELTINS** e Assistente Simples **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA - ABRADDEE** e Recorrido **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO**.

O Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, mediante o acórdão a fls. 1586-1596, complementado pela decisão a fls. 1642-1649, negou provimento ao recurso ordinário interposto pela ré, mantendo a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados em Ação Civil Pública pelo Ministério Público do Trabalho em face da Companhia de Energia Elétrica do Estado do Tocantins – CELTINS.

Dessa decisão a ré interpõe recurso de revista, conforme as razões a fls. 1652-1688, com arrimo nas alíneas “a” e “c” do art. 896 da CLT.

O recurso de revista teve seu seguimento admitido pela decisão a fls. 1739-1740, sendo apresentadas as contrarrazões a fls. 1743-1752.

Mediante a decisão proferida a fls. 1814-1815, admitiu-se a intervenção no processo, na qualidade de assistente simples, da Associação Brasileira de Distribuição de Energia Elétrica – ABRADEE.

O Ministério Público do Trabalho não foi chamado a opinar no processo, dada sua condição de autor da ação civil pública.

É o relatório.

VOTO

1. Conhecimento

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passa-se à análise dos específicos de cabimento do recurso de revista.

1.1. Negativa de tutela jurisdicional

A recorrente argui a preliminar de nulidade do acórdão do Tribunal Regional por negativa de tutela jurisdicional, à falta de manifestação acerca das questões suscitadas nos embargos de declaração interpostos, a seguir transcritas: a) a matéria discutida na espécie envolve subconcessão (art. 26, § 1º, da Lei nº 8.987/95) ou a contratação de terceiros (§ 3º do art. 25 da mesma Lei); b) o autor da ação apenas postulou a proibição de terceirização de atividades-fim, de modo que condenação proibindo também a terceirização de atividade-meio redundaria em julgamento *extra petita*, e em violação da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal; c) a invocação de questão jurídica – possibilidade de terceirização de atividades-fim – configura confissão sobre a questão fática subjacente; d) obras de topografia e projetos de rede, serviços de telemarketing e obras de construções são atividades-meio ou fim de empresas concessionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica; e) a terceirização das atividades discriminadas na condenação, e que foram proibidas, podem ser terceirizadas ou somente subconcedidas, de maneira a aplicar, de forma harmônica, os arts. 25, § 3º, e 26, § 1º, da Lei nº 8.987/95; f) o contrato de concessão celebrado entre a recorrente e a União prevê qual é a atividade-fim da concessionária (distribuição de energia elétrica), mas não foi apreciado, tratando-se de matéria fática que não pode ser remexida em revista. Nesse sentido aponta violação dos arts. 832 da CLT, 458, II, do CPC e 93, IX, da Constituição Federal de 1988.

O recurso não prospera.

O Tribunal Regional, no acórdão proferido a fls. 1588, quando do exame da preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação, afastou, de forma expressa e clara, a prejudicial consoante as seguintes razões, *verbis*:

Ora, tendo o autor aduzido a terceirização da atividade-fim da recorrente e esta se defendido sob a alegação de que ‘há sim norma legal que permite expressamente a CELTINS a celebração dos contratos de prestação de serviços em tela’ (fl. 1381), a

sentença considerou confirmada terceirização de atividades-fim da reclamada, assim manifestando, *verbis*...

Portanto, não há de se falar em ausência de fundamentação quanto a legalidade da terceirização de serviços realizada pela recorrida, uma vez que a matéria encontra-se devidamente analisada a fls. 1472/1476.

Provocada pela ré por meio de embargos de declaração, a Corte de origem, a fls. 1644-1645, assim decidiu, *verbis*:

O acórdão concluiu que a terceirização de atividades finalísticas da reclamada constitui verdadeira subconcessão dos serviços por via transversa.

A embargante se insurge revolvendo a questão da transferência de serviços inseridos em sua atividade-fim, sob ótica diversa da apresentada em seu recurso ordinário.

Em seu apelo a fls. 1502/1525, a reclamada arguiu a nulidade da sentença por ausência de fundamentação acerca da licitude da terceirização (fls. 1503/1504), o que restou afastado pelo acórdão embargado. Nestes declaratórios, a embargante aduz a nulidade daquela sentença, mas, desta feita, por julgamento *extra-petita* uma vez que o Juízo a quo teria elástico o conceito de atividade-fim.

Também em seu recurso, a reclamada defendeu a licitude da terceirização de serviços inerentes a sua atividade-fim, com base no art. 25, § 1º da Lei nº 8.987/95, enquanto nestes embargos insiste em apontar as diferenças entre a subconcessão e a contratação de terceiros. Busca, também, atribuir a este Colegiado a omissão quanto às disposições do § 3º do citado dispositivo (sequer ventilado naquele apelo), e pelo cerceamento do direito da embargante à ampla defesa e ao contraditório.

Contudo, não se colhe omissão, contradição ou obscuridade no julgado. Todas as questões foram apreciadas de forma fundamentada no acórdão embargado...

Infere-se, pois, dos fundamentos do acórdão impugnado que a recorrente inovou de teses nos embargos de declaração ao arguir a nulidade por julgamento fora dos limites da demanda, porquanto não o fizera em seu recurso ordinário.

Todas as demais questões, a respeito das quais a recorrente aponta nulidade do julgado do Tribunal Regional, por omissão, na realidade, gravitam em torno do próprio mérito da controvérsia, qual seja a legalidade da terceirização de serviços realizados pela ré, à luz das disposições do art. 25 da Lei nº 8.987/95.

O questionamento recursal, genérico, aliás, no tocante “à invocação de questão jurídica – possibilidade de terceirização de atividades-fim – configura confissão sobre a questão fática subjacente?”, formulado a fls. 1660, não traduz o vício da omissão, mas denota irresignação da recorrente quanto aos termos do acórdão que a proibiu de terceirizar atividade-fim.

Nesse sentido é esclarecedora a ementa da decisão atacada, tendo o Colegiado Regional resumido seu entendimento acerca da ilegalidade da terceirização de serviços compreendidos na atividade-fim da recorrente, afastando, até mesmo por incompatibilidade lógica e jurídica, as assertivas recursais no que tange à suposta negativa de tutela jurisdicional (fl. 1586), *verbis*:

CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS COMPREENDIDOS NA ATIVIDADE-FIM. ILEGALIDADE. Se o art. 26 e seguintes da Lei nº 8.987/95 estabelece condições especiais de transferência do serviço concedido

– Subconcessão mediante autorização prévia e processo licitatório – resta afastada a hipótese de transferência dessas atividades a terceiros mediante contrato de empreitada, regido pelo direito civil. Nego provimento.

Inexiste, portanto, a alegada afronta aos arts. 93, IX, da Constituição Federal, 832 da CLT e 458 do CPC, nos moldes da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 do TST, pois o acórdão recorrido inequivocamente prestou jurisdição, tendo enfrentado todas as questões suscitadas com a devida fundamentação, ainda que com ela não concorde a ora recorrente.

NÃO CONHEÇO do recurso, nesse tema.

1.2. Concessionária de serviços públicos. Terceirização de serviços compreendidos na atividade-fim. Ilegalidade

O Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, mediante o acórdão a fls. 1586-1596, complementado pela decisão a fls. 1642-1649, negou provimento ao recurso ordinário interposto pela ré, mantendo a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados em Ação Civil Pública pelo Ministério Público do Trabalho em face da Companhia de Energia Elétrica do Estado do Tocantins – CELTINS.

A decisão do Tribunal Regional está fundamentada nos seguintes termos (fls. 1593-1594), *verbis*:

Com efeito, não existindo disposições inúteis na lei, não se pode desprezar a normatividade contida no art. 26, acima transcrito, que prevê a subconcessão dos serviços, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente e precedida de concorrência pública.

Ora, se o objeto da concessão dos serviços públicos constitui-se na própria atividade-fim da empresa concessionária e dispendo a lei de modo especial sobre a forma de subconcessão dos serviços, conclui-se que a atividade-fim da concessionária somente pode ser transferida a terceiros após prévia autorização do poder concedente e via de licitação pública.

Entender que o art. 25, § 1º autoriza a terceirização pura e simples da atividade-fim seria o mesmo que considerar totalmente inúteis as disposições dos arts. 26 a 28, que regulamenta a subconcessão.

Assim, a expressão “inerentes” não pode ser tomada com o sentido de atividade-fim, como pretende a recorrente.

Se o art. 26 e seguintes da Lei nº 8.987/95 estabelece condições especiais de transferência do serviço concedido – autorização prévia e processo licitatório – resta afastada a hipótese de transferência dessas atividades a terceiros mediante contrato de empreitada, regido pelo direito civil.

Conforme reconhecido na sentença, somente os serviços ligados à atividade-meio da recorrida podem ser terceirizados. Os relacionados à atividade-fim somente se transferem por meio de subconcessão, conforme disciplinado na lei respectiva.

E não há de se falar que ‘terceirização da atividade fim’ e ‘subconcessão dos serviços concedidos’ sejam considerados pela Lei nº 8.987/95 como institutos diversos, porquanto a transferência a terceiros, da atividade fim, constitui a própria subconcessão sob via transversa, não autoriza na Lei.

Nesse sentido a Súmula nº 331/TST, que admite a terceirização somente nos casos de trabalho temporário; serviços de vigilância; serviços de conservação e limpeza e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

Diga-se, ainda, que mesmo não ocorrendo ingerência da recorrente junto às contratadas a ilicitude da terceirização dos serviços concedidos não se descaracterizada.

Ademais, considerando que a própria reclamada, na contestação (fl. 1396), em audiência (fl. 1376) e nas razões de seu recurso (fls. 1514/1515), reconhece a prática da terceirização de sua atividade-fim, tenho a matéria como incontroversa.

Afastada, pois, qualquer ofensa aos arts. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal e art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95. Assim e por todos os fundamentos expedidos, a sentença não merece reforma, no particular.

A recorrente sustenta, em suma, que, “no caso dos autos, o que houve não foi subconcessão de serviços públicos, mas sim contratação de terceiros para atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, que tem respaldo expresso no artigo 25, § 3º da Lei 8987/95”.

Afirma ser equivocada a interpretação do § 1º do art. 25 da Lei nº 8.987/95 pelo acórdão recorrido, uma vez que a citada norma autoriza a terceirização de atividades-fim pelas concessionárias de serviço público, “então pouco importa examinar e discutir se as atividades discriminadas na condenação ora recorrida são atividades-fim ou atividades-meio, porque ‘quem pode o mais (terceirizar a atividade-fim), pode também o menos (terceirizar a atividade-meio), de sorte que a tutela pretendida pelo Ministério Público in casu deve ser julgada totalmente improcedente”.

Caso assim não entenda a egrégia Primeira Turma, pugna que se admita o recurso quanto à proibição de terceirização de atividades-meio, as quais são legítimas nos termos da orientação da Súmula nº 331 do TST.

Nesse sentido a recorrente indica como violados os arts. 5º, LIV e LV, 21, XII, b, e 175, parágrafo único, I, da Constituição Federal/88; 128, 302, 333, I e II, 459, 460 e 468 do CPC; 818 da CLT; 2º, II, 4º, 7º-A, 9º, 14, 25, *caput*, §§ 1º, 2º e 3º, e 26, *caput*, § 1º, da Lei nº 8.987/95; 3º, II, da Lei nº 9.427/96 e 110 da Lei nº 5.172/96. Bem como transcreve arestos para demonstrar dissenso pretoriano.

Impulsiona o conhecimento do recurso de revista o modelo transcrito a fls. 1679-1681, oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, porque específico e divergente da decisão recorrida ao adotar a tese de que o art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95 “autorizou a terceirização das atividades-fins (sic), porquanto mencionado termo quer dizer ‘que está por natureza inseparavelmente ligado a alguma coisa ou pessoa’ (Novo Dicionário Aurélio 2ª edição). Isto implica dizer que fora legalmente autorizada a terceirização de atividades-fim da recorrente (Centrais Elétricas do Pará S.A. – CELPA), ou seja, a subconcessão de serviço público”.

Configurada, pois, a hipótese prevista na alínea “a” do art. 896 da CLT, **CONHEÇO** do recurso de revista por divergência jurisprudencial.

2. Mérito

Concessionária de serviços públicos. Terceirização de serviços compreendidos na atividade-fim. Ilegalidade

A questão central em debate no processo gira em torno do sentido e do alcance da expressão “atividades inerentes” constante do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95, para efeito de reconhecer a legalidade ou não da terceirização de atividades-fim em empresa concessionária de serviço público.

O Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região negou provimento ao recurso ordinário interposto pela ré, ora recorrente, mantendo a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Trabalho em face da Companhia de Energia Elétrica do Estado do Tocantins – CELTINS, para o fim de: “1) determinar ao réu que se abstenha de, através de empresa interposta, absorver mão de obra nas suas atividades fins, devendo contratar, diretamente, os trabalhadores necessários, incluindo-se, no conceito de atividade-fim, para efeitos desta decisão e sem prejuízo de outras que se enquadrem nos fins principais da empresa, as seguintes: obras – construção, extensão, reforma e melhoramento, – e serviços de redes de transmissão, distribuição aérea e subterrânea, inclusive manutenção; operação de usinas e estações; execução de atividades de operação, manutenção e inspeção de equipamentos, linhas e redes elétricas – usinas, subestações e unidades consumidoras; construção de linhas e redes elétricas; recuperação do sistema elétrico; obras de topografia e projetos de rede – de transmissão, de distribuição aérea e subterrânea; serviços de instalação e substituição de ramal de serviço aéreo e ligação de consumidor; desligação e religação de unidades consumidoras; manutenção de iluminação pública; serviços de leitura (compreendem a apuração dos registros, em medidores de consumo de Kwh, de cada unidade de consumo ligada ou desligada, bem como inspeções visuais e indicação de eventuais irregularidades verificadas relativamente ao consumo e às instalações); serviços de atendimento a clientes pessoalmente e por telefone – serviços de comercialização de energia (agências de atendimento e telemarketing) e instalação de quadro de medição, ramal de ligação, medidor e instalação interna da unidade consumidora para o programa luz no campo. 2) condenar a reclamada a pagar indenização por danos extrapatrimoniais coletivos, no valor de R\$ 200.000,00, reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT. 3) Fixar multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de descumprimento da obrigação de não fazer (inscrita no item 1).” (fl. 1479)

Fixadas tais premissas, passa-se à decisão de mérito.

Nos termos do art. 21, II, b, da Constituição da República, compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.

Por sua vez, dispõe o art. 175 da Constituição Federal que “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”.

A concessão de serviço público é conceituada, em doutrina, como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço (Cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO – Parcerias na Administração Pública- 7ª ed., Editora Atlas, pág. 75).

A delegação da prestação de serviço público a pessoas privadas faz-se mediante concessão ou permissão, a teor do art. 175 da Constituição Federal.

Em atenção à determinação constitucional, a Lei nº 8.987/95 desenvolveu os princípios do regime de concessão e permissão dos serviços públicos.

No caso vertente, como dito, a solução da demanda deve ser buscada à luz da interpretação da previsão normativa constante do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95, *verbis*:

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 atenuie 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.

Da leitura do citado dispositivo de lei federal, a exegese literal da norma poderia conduzir o intérprete à conclusão de que o legislador autorizara a concessionária a transferir a terceiros a execução integral do serviço, dada a etimologia da expressão atividades “inerentes” (*Que está por natureza inseparavelmente ligado a alguma coisa ou pessoa*).

Todavia, a interpretação da lei ou dos atos jurídicos está sempre vinculada à principiologia que informa cada uma de suas modalidades. O intérprete e aplicador da norma, ao compor o conflito, deverá aplicá-la atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade, valendo-se do método teleológico que procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico protegido pelo ordenamento (Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO – Interpretação e Aplicação da Constituição – 6ª ed. – Saraiva, pág. 138).

A interpretação sistemática e teleológica da Lei nº 8.987/95 conduz à conclusão de que a possibilidade de a concessionária contratar com terceiros diz respeito aos aspectos relativos à execução do serviço e que tenham cunho acessório ou complementar, segundo anota em doutrina o Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO (<<http://bdjur.stj.jus.br>>).

Os institutos da subconcessão e da terceirização de serviço público não se confundem, sendo certo que o art. 25, *caput*, da Lei nº 8.987/95 estabelece, como regra geral, que a execução do serviço concedido incumbe à concessionária, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros.

Já a subconcessão é autorizada pelo art. 26 da Lei nº 8.987/95, nos termos do previsto no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente, tendo a mesma natureza pública do contrato de concessão, conforme leciona a professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (obra citada, pág. 110).

A ilustre professora da Faculdade de Direito da USP, ao comentar as disposições da Lei nº 8.987/95, assinala:

A subcontratação, disciplinada pelo artigo 25, corresponde à terceirização ou contratação de terceiros para a prestação de serviços ou de obras ligadas à concessão... (*Direito Administrativo/Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. 20ª ed. – São Paulo: Atlas, 2007, pág. 278).

Em seu livro “Parcerias na Administração Pública”, citado acima, a professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO tem a seguinte opinião acerca dos limites estabelecidos no art. 25 da Lei nº 8.987/95:

No caso da contratação de terceiros prevista no art. 25, **não há subconcessão**; o que a lei prevê é a celebração de contratos de prestação de serviços ou de obras por terceiros; em vez do concessionário exercer diretamente todas as atividades ligadas ao contrato de concessão, ele contrata terceiros para realizar **determinadas atividades**,

como serviços de limpeza, vigilância, contabilidade, obras, reformas, reparos etc. São os contratos de obras e serviços a que se refere a Lei nº 8.666 ...

Também comentando o disposto no art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95, preleciona ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL que “o concessionário pode contratar terceiros para a execução de parcela não essencial das atividades cuja execução lhes foram delegadas pelo poder público... Na subcontratação inexistente a sub-rogação de direitos e obrigações; só há a transferência de atividades não essenciais à prestação do serviço, que são exercidas em nome do concessionário e a este dirigidas” (<<http://www.savipaiva.com.br>>).

No caso vertente, em que pese a dificuldade objetiva quanto à definição do complexo de atividades-fim atribuídas à recorrente pelo contrato de concessão firmado com o poder concedente, entendendo tratar-se de hipótese de contratação ou terceirização de atividade-fim da concessionária, em desacordo com a previsão do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95, salvo as exceções ao final estabelecidas.

A interpretação teleológica do disposto no art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/95 - para efeito de incidência da norma nas relações de trabalho e sob os influxos dos princípios constitucionais da valorização do trabalho e da dignidade humana - conduz à conclusão de que a contratação de terceiros por empresa concessionária de energia elétrica não pode atingir o objeto central do serviço público concedido. Somente pode ser contratada parcela acessória ou não essencial ao contrato, ou seja, as atividades-meio.

Conforme voto do Ministro Lelio Bentes Corrêa, se o legislador tivesse a intenção de permitir a terceirização de atividades essenciais no setor elétrico, não teria adotado a expressão atividades “inerentes”, mas o diria de forma expressa.

Portanto, a norma apresenta conceito aberto, permitindo que o intérprete, ao aplicá-la, concilie os valores democráticos da livre iniciativa e do direito ao trabalho.

Robustece esse entendimento a diretriz contida no item I da Súmula nº 331 desta Corte Superior, que disciplina as hipóteses de terceirização nas relações de trabalho, à falta de lei específica, estabelecendo que “A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974)”.

Ao fixar tal orientação, o citado Verbete sumular teve em mira, como dito acima, que a ordem econômica estabelecida na Carta Magna (art. 170) funda-se na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Esse objetivo de índole constitucional somente poderá ser alcançado, a meu juízo, com a contratação direta de trabalhadores pelas empresas concessionárias, sob pena de a transferência do serviço público precarizar as relações de trabalho, na medida em que a terceirização acarreta redução ou diminuição de direitos trabalhistas dos empregados “terceirizados”, quando comparadas as vantagens pagas pela concessionária a empregados seus, além de enfraquecer as conquistas obtidas pela categoria em negociação coletiva, consoante voto do Ministro Vieira de Mello Filho.

Eventual acolhimento da tese recursal de que a concessionária do serviço público goza de plena liberdade para terceirizar suas atividades essenciais, seria admitir que a empresa, como unidade produtiva, poderia executar o contrato de concessão sem o concurso de empregados diretos, entregando a prestação do serviço público a terceiros que - não sendo legitimados pelo

poder concedente - não raro deixam de cumprir com as obrigações trabalhistas, tributárias e previdenciárias, além de outras correlatas.

E quando se fala em precarização da mão-de-obra, nesse tipo de serviço público, não se pode perder de vista que, conforme estudos do DIEESE, a terceirização no setor elétrico mata um trabalhador a cada 14 dias, como também que mais da metade da força de trabalho do setor elétrico do país é terceirizada, e a incidência de mortes no trabalho para os terceirizados supera em três vezes a de trabalhadores diretamente contratados pelas concessionárias (<<http://www.sintivest.org.br>>).

Dessa forma, não tem sustentação a tese recursal relativa à impossibilidade de incidência da Súmula nº 331, I, do TST, cuja aplicação se faz necessária para coibir a transferência de atividades essenciais fora das prescrições legais, como tem sido por este Tribunal Superior feito em situações análogas.

A matéria já foi objeto de decisão da c. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte uniformizadora, adotando-se a mesma conclusão aqui esposada, *verbis*:

ENERGIA ELÉTRICA - EXEGESE DO ART. 25 DA LEI Nº 8.987/95 - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, ostenta natureza administrativa e, como tal, ao tratar, em seu art. 25, da contratação com terceiros de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, não autorizou a terceirização da atividade-fim das empresas do setor elétrico. Isso porque, esse diploma administrativo não aborda matéria trabalhista, nem seus princípios, conceitos e institutos, cujo plano de eficácia é outro. A legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, apartes à já insuficiente conceituação individualista. E o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana. Não se poderia, assim, dizer que a norma administrativista, preocupada com princípios e valores do Direito Administrativo, viesse derogar o eixo fundamental da legislação trabalhista, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT. O enunciado da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho guarda perfeita harmonia com princípios e normas constitucionais e trabalhistas e trouxe um marco teórico e jurisprudencial para o fenômeno da terceirização nas relações de trabalho no Brasil, importante para o desenvolvimento social e econômico do País, já que compatibilizou os princípios da valorização do trabalho humano e da livre concorrência e equilibrou a relação entre o capital e o trabalho. Recurso de embargos conhecido e parcialmente provido. Processo: ED-E-RR - 586341-05.1999.5.18.5555 Data de Julgamento: 28/05/2009, Redator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Divulgação: DEJT 16/10/2009.

Nessa contextura é de se concluir que se houve com parcial acerto o Tribunal Regional ao entender que os arts. 25, § 1º, e 26 da Lei nº 8.987/95 afastam a possibilidade de transferência das atividades-fim da recorrente a terceiros, não merecendo reforma a decisão recorrida ao estabelecer proibição de a recorrente subcontratar trabalhadores por meio de empresa interposta, para a execução de suas atividades essenciais.

À míngua de lei específica que defina as atividades que, nesse campo, poderiam ser terceirizadas, creio que a Norma Regulamentar nº 10 do Ministério do Trabalho e Emprego, aprovada pela Portaria nº 3.214/1978, fornece subsídios ou elementos que possibilitam definir quais são as atividades essenciais no setor de energia elétrica: geração, transmissão, distribuição e consumo, incluindo as etapas do projeto, construção, montagem, operação, manutenção.

Na realidade, são essas as atividades essenciais estabelecidas no Estatuto social da recorrente, nos termos da inicial da ação civil pública.

Dessarte, não se visualiza violação direta e literal dos dispositivos de lei federal e constitucional indicados no recurso, na medida em que a decisão recorrida encontra-se em sintonia com o princípio do livre convencimento judicial motivado e em plena observância ao sistema normativo vigente e aos limites objetivos da demanda.

No que se refere ao pedido para que se admita o recurso quanto à proibição de terceirização de atividades-meio, carece de objeto. A decisão recorrida é expressa e clara ao determinar que a ré “se abstenha de, através de empresa interposta, absorver mão de obra nas suas atividades fins”, e foram explicitadas as atividades reputadas essenciais ou inerentes ao fim da recorrente.

O único reparo a ser feito no acórdão recorrido, no que merece parcial reforma, diz respeito às obras de topografia, poda de árvores e os serviços de atendimento a clientes pessoalmente e por telefone e agências de atendimento e *telemarketing*, os quais reputo não integrarem o rol de atividades essenciais, cuja execução poderá ser transferida a terceiros.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso de revista, para excluir do conceito de atividade-fim as obras de topografia, poda de árvores e os serviços de atendimento a clientes pessoalmente e por telefone e por meio de agências de atendimento e telemarketing.

Isto posto

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencido o Exmo. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, houve por bem ouvir a sustentação do ilustre advogado da ABRADÉE, na condição de *“amicus curiae”*; por unanimidade, não conhecer do recurso de revista quanto ao tema afeto à nulidade por negativa de tutela jurisdicional. Acordam, ainda, por unanimidade, em conhecer do recurso de revista quanto ao tema “Concessionária de serviços públicos. Terceirização de serviços compreendidos na atividade-fim. Ilegalidade”, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por unanimidade, dar-lhe parcial provimento para excluir do conceito de atividade-fim as obras de topografia, poda de árvores e os serviços de atendimento a clientes pessoalmente e por telefone e por meio de agências de atendimento e *“telemarketing”*, vencido parcialmente o Exmo. Ministro Vieira de Mello Filho, que dava provimento em extensão mais ampla.

Brasília, 09 de junho de 2010.

Walmir Oliveira da Costa
Ministro Relator

Agravo de Instrumento em Recurso de Revista: 6740-31.2006.5.01.0027

Titulação: Direito do Trabalho. Responsabilidade Civil do Empregador/Empregado. Indenização por Dano Moral.

Palavras-chave: princípio da dignidade da pessoa humana, solidariedade, hora extra, revista de empregado, responsabilidade subsidiária

Turma: 6ª

Relator(a): Ministro Maurício Godinho Delgado

Data de julgamento: 20/10/2010

Publicação: 28/10/2010

Agravo de instrumento. Recurso de revista. Limitação ao uso do banheiro. Dano moral. Desrespeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural - o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego. O direito à indenização por danos moral e material encontra amparo no art. 186, Código Civil, c/c art. 5º, X, da CF, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º, da CR/88). Na hipótese, restou consignado pelo Regional que houve ofensa à dignidade da Reclamante, configurada na situação fática de restrição ao uso do banheiro, já que: a) era necessária uma autorização para o uso (que poderia demorar até uma hora); b) os empregados dispunham de somente cinco minutos para ir ao banheiro (se ultrapassado tal limite, sofreriam punições); c) a Reclamante trabalhava durante 7 horas diariamente, dispondo somente de cinco minutos para ir ao banheiro; d) ao justificar o uso do banheiro em tempo superior ao permitido pela empresa (5 minutos), a obreira expôs sua intimidade a terceiros, contra a sua vontade. A empregadora, ao adotar um sistema de fiscalização que engloba inclusive a ida e controle temporal dos empregados ao banheiro, ultrapassa os limites de atuação do seu poder diretivo para atingir a liberdade do trabalhador de satisfazer suas necessidades fisiológicas, afrontando normas de proteção à

saúde e impondo-lhe uma situação degradante e vexatória. Essa política de disciplina interna revela uma opressão despropositada, autorizando a condenação no pagamento de indenização por danos morais. Ora, a higidez física, mental e emocional do ser humano são bens fundamentais de sua vida privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nessa medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição Federal (artigo 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Carta Magna, que se agrega à genérica anterior (artigo 7º, XXVIII, da CF). **Agravo de instrumento desprovido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-AIRR-6740-31.2006.5.01.0027**, em que é Agravante **ATENTO BRASIL S.A.** e são Agravados **BANCO DO BRASIL S.A.** e **MÔNICA BATISTA DE OLIVEIRA**.

O TRT da 1ª Região denegou seguimento ao recurso de revista da 1ª Reclamada com fundamento nas Súmulas 331, IV e 333, ambas do TST, e nas alíneas -a- e -c- do art. 896 da CLT (fls. 323-324).

Inconformada, a 1ª Reclamada interpõe o presente agravo de instrumento, sustentando que a sua revista reunia condições de admissibilidade (fls. 2-8).

A 2ª Agravada apresentou apenas contraminuta (fls. 329-331), sendo dispensada a remessa dos autos ao MPT, nos termos do art. 83, § 2º, do RITST.

É o relatório.

VOTO

I) Conhecimento

Atendidos todos os pressupostos recursais, **CONHEÇO** do apelo.

II) Mérito

Responsabilidade subsidiária (Súmula 331, IV/TST)

Quanto ao tema em epígrafe, o Regional manteve a sentença que condenou o 2º Reclamado a assumir a responsabilidade subsidiária em relação aos créditos trabalhistas deferidos à obreira. Assim pontuou:

(...)

Observa-se que, o ora recorrente, não negou que a reclamante tenha prestado serviços em suas dependências, ou seja, que se beneficiou da força de trabalho do autor.

Na hipótese em exame, verifica-se a existência de relação tridimensional, onde o segundo reclamado entregou para o primeiro a execução de tarefas ligadas à atividade-

meio do negócio, tendo a reclamante prestado serviços na função de teleoperadora (atendimento telefônico aos clientes).

Dúvida, não há, que o vínculo de emprego do reclamante existiu com o primeiro reclamado.

Entretanto, embora não existindo entre os reclamados solidariedade, seu reconhecimento não afasta a responsabilidade do imediato destinatário do trabalho, quanto aos débitos trabalhistas, constatada a inidoneidade financeira da locadora de serviços.

A responsabilidade do tomador de serviços é subsidiária, porque o artigo 9º da CLT considera nulos de pleno direito os atos atentatórios a legislação trabalhista. Portanto, a responsabilidade subsidiária da recorrente pelos débitos trabalhista na presente demanda é inequívoca, sem prejuízo do direito regressivo contra a primeira demandada, previsto no artigo 455, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ressalte-se, ainda, que a empresa tomadora, deve exigir da empresa que lhe oferece a mão-de-obra que comprove mensalmente que registrou seus empregados e que vem cumprindo as obrigações trabalhistas e previdenciárias. É que, em sendo tomadora da força da mão-de-obra, terá responsabilidade subsidiária com suporte na culpa *in vigilando* e *in eligendo* - artigo 186 do Código Civil, já que o crédito trabalhista é superprivilegiado.

In casu, sob a forma de cooperativa, foi camuflada verdadeira atividade de locação de mão-de-obra, que ocorre com a busca constante de baixar os custos de produção de determinados tomadores de serviços, o que não é raro após a edição do parágrafo único, do artigo 442, da CLT, devendo ser considerada a situação de sócio-cooperado do obreiro, observando-se o princípio da primazia da realidade.

Como bem ressaltado por Francisco Antonio de Oliveira, ao comentar as disposições contidas no Enunciado nº 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, 'se assim não for, o trabalhador ficará completamente desprotegido e será a parte prejudicada, enquanto a empresa interposta recebe a paga e não repassa, e a tomadora engloba no seu patrimônio a força do trabalho. A irresponsabilidade poderia levar ao incentivo de conluio entre a empresa tomadora e a fornecedora da mão-de-obra. Tem-se aqui a aplicação analógica do artigo 455 da CLT. O direcionamento ora eleito pelo TST facilitará, de alguma forma, a terceirização'.

Derradeiramente, é de se ressaltar, ainda, que a responsabilidade subsidiária do ora recorrente decorre, também, do disposto no artigo 942 do Código Civil Brasileiro, 'os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado e, se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação'.

Destaque-se, por oportuno, que a responsabilidade subsidiária abrange todos os direitos e vantagens devidos à reclamante e que não foram quitados no curso do contrato de trabalho e por ocasião de sua rescisão.

Desta forma, deverá o segundo réu, caso reste configurado o inadimplemento do primeiro reclamado, quitar todos os valores devidos ao reclamante apurados na liquidação do julgado, ressalvado, por evidente, o direito de regresso no juízo competente.

Quanto à desconsideração da personalidade jurídica do primeiro reclamado, caberá, exclusivamente, ao juiz da execução decidir quais os atos e diligências necessários para a efetiva prestação jurisdicional

E assim sendo, mantém-se a sentença de origem, no tocante à responsabilização subsidiária do Banco do Brasil a teor do disposto na Súmula nº 331, IV, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Nego provimento (fls. 258-275).

No recurso de revista, a 1ª Reclamada aduz que, não obstante o entendimento da Súmula 331 do TST de que a tomadora é responsável subsidiariamente pelo inadimplemento da prestadora de serviços, a responsabilidade subsidiária somente deve ser imposta à tomadora caso reste claramente provado que esta agiu com culpa (*in iligendo* ou *in vigilando*) ao não tomar as precauções esperadas na hora de contratar seu prestador de serviços. Entende que não se há falar em responsabilidade da tomadora, até porque a mesma não é EMPREGADORA (fl. 280).

Sem razão.

O Tribunal Regional imputou ao 2º Reclamado (Banco do Brasil) a responsabilidade subsidiária, porquanto beneficiário da prestação de serviços da Reclamante, nos termos da Súmula 331, IV/TST.

A decisão oriunda do Tribunal Regional encontra-se, assim, consonante com o entendimento sufragado pela Súmula 331, IV/TST, que, ao estabelecer a responsabilidade subsidiária da entidade tomadora de serviços, tem o mérito de buscar alternativas para que o ilícito trabalhista não favoreça indevidamente aquele que já foi beneficiário do trabalho da Reclamante. Realiza, ainda, de forma implícita, o preceito isonômico, consubstanciado no art. 5º, *caput*, *ab initio*, e I, da CF, não ferindo, por isso, em nenhum momento, a ordem jurídica vigente.

Harmonizando-se a decisão regional com os termos da Súmula 331, IV/TST, a admissibilidade da revista encontra óbice na Súmula 333/TST e no § 4º do art. 896 da CLT.

Equiparação salarial

O v. acórdão manteve a sentença, assim pontuando:

(...)

O artigo 461, da CLT, elenca como fatores impeditivos à equiparação salarial, os seguintes:

- existência de Quadro de Carreira;
- interregno superior a 2 anos no exercício da função;
- mesma produtividade e perfeição técnica;
- prestado na mesma localidade e para o mesmo empregador.

No caso em exame, a controvérsia limitou-se à identidade de funções e igualdade na produtividade e perfeição técnica.

Pelos documentos juntados pelo primeiro réu, reclamante e paradigma exerciam a função de Teleoperador, sendo certo que a reclamante foi admitida no nível II, alcançando ao nível III no mês de janeiro/2005 e o reclamante como Teleoperador VII.

De acordo com o depoimento da testemunha Otávia Machado Moreira Mathias (fls 259/260) não havia diferenças de atividades entre os operadores, independente do nível indicado.

Competia, então, aos reclamados o ônus de provar que o paradigma tinha maior produtividade que a reclamante, mister do qual não se desincumbiu.

Desta forma, mantém-se íntegra a decisão de origem, no particular.
Nego provimento (fl. 258-275).

No recurso de revista, a Reclamada alega que a Reclamante não faz jus à equiparação salarial, já que *não ficou comprovada a identidade de funções e atividades e mesma perfeição técnica* (fl. 283). Aponta violação ao parágrafo 1º do art. 461 e 818, ambos da CLT, e colaciona arestos.

Sem razão.

Decisão baseada em fatos e provas não impulsiona o recurso de revista, a teor do disposto na Súmula 126/TST.

Comprovada a identidade de funções, conclui-se que o Tribunal Regional perfilhou entendimento consentâneo com a jurisprudência do TST, sufragada na sua Súmula 6, VIII.

Logo, o recurso de revista não reúne condições de admissibilidade, encontrando-se superado o aresto colacionado no apelo e incólumes os arts. 461, § 1º e 818, ambos da CLT. Incidência do art. 896, § 4º, da CLT c/c a Súmula 333/TST.

Horas extras - reflexos

O Regional manteve a sentença, nos seguintes termos:

(...)

O primeiro réu somente juntou os cartões de ponto referentes aos meses de agosto e setembro de 2004 (fls. 115/116), não apresentando qualquer justificativa para a sua omissão. Ademais, a testemunha Otávia (fl. 259) confirma a extrapolação da jornada em uma hora diária.

A ausência dos controles de frequência impede a verificação da correção no pagamento das horas extras extraordinárias e adoção do banco de horas, como regime de compensação de jornada.

Por habituais, as horas extraordinárias integram o salário para o cálculo do repouso semanal remunerado, férias acrescidas do terço constitucional, gratificações natalinas, aviso prévio e FGTS, incluindo-se a indenização de 40% pela dispensa imotivada.

A alegação de que por ser o empregado mensalista não repercutem as horas extraordinárias nos repouso semanais remunerados, não prevalece a teor do que determina o artigo 7º, alínea a, da Lei 605/49 que regula o repouso hebdomadário, e o entendimento consubstanciado na Súmula nº 172 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Logo, mantém-se íntegra a decisão de origem, no particular.
Nego provimento (fl. 273).

No recurso de revista, a Reclamada sustenta que a decisão do Regional desprezou os efeitos da celebração de acordos judiciais que tiveram repercussão na vida de todos os empregados da Recorrente, como o Banco de Horas (fl. 285). Aduz que a decisão judicial

que manda pagar horas extras a um empregado que recebeu ou compensou as horas extras laboradas, não pode prosperar, pois não observou a Carta Política, nem a legislação trabalhista vigente, tampouco observou os documentos juntados aos autos pela Recorrente (fl. 286). Aponta violação dos arts. 5º, II, XXXVI, 7º, XXVI, da CF, 130, 131, 331, I e 460, todos do CPC, 818 da CLT e colaciona arestos.

Sem razão.

Quanto ao tema em epígrafe, o Regional manteve a sentença que deferiu o pagamento de horas extras e reflexos, por terem sido juntados somente os cartões de ponto dos meses de agosto e setembro de 2004, a par de a testemunha Otávia ter confirmado a extrapolação da jornada em uma hora diária. Entendeu o Regional que a ausência dos controles de frequência impede a verificação da correção no pagamento das horas extraordinárias e a adoção do Banco de Horas como regime de compensação de jornada (fl. 273).

Verifica-se que a decisão impugnada pautou-se na apreciação das provas constantes dos autos, não decidindo a questão sob o enfoque da celebração do acordo judicial, carecendo o recurso, nesse ponto, do indispensável prequestionamento. Incidência da Súmula 297, I/TST, não se havendo falar em ofensa aos arts. 5º, II, XXXVI, 7º, XXVI, da CF, 130, 131, 331, I, 460 do CPC, 818 da CLT.

Os arestos colacionados a fls. 285 são inservíveis à admissibilidade do recurso de revista: o primeiro é oriundo de Turma do TST, órgão não elencado na alínea “a” do art. 896 da CLT; o segundo é inespecífico, já que contempla hipótese diversa daquela delineada pelo Regional. Incidência da Súmula 296/TST.

Limitação ao uso do banheiro - dano moral - desrespeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana

O Regional manteve a sentença, nos seguintes termos:

DO DANO MORAL

Considerando que a matéria é comum aos recursos interpostos pela reclamante e pelos reclamados, passa-se a apreciar, de uma só vez, o recurso das partes, no particular.

Os reclamados investem contra a decisão de origem que o condenou ao pagamento de indenização por dano moral.

Sustentam que não houve o ato ilícito alegado na inicial. Aduzem, ainda, que o valor arbitrado pelo julgador de origem é desproporcional ao dano alegado pela autora, devendo ser considerado o curto tempo de duração do contrato de trabalho e o salário recebido.

A reclamante pretende a majoração da indenização. Indica diversos julgados que, de matéria idêntica, arbitraram valor superior ao fixado em juízo de origem.

Merece ser mantida a decisão de origem.

Postulou a reclamante o pagamento de indenização por danos morais, sustentando que sua intimidade foi exposta à curiosidade de seus colegas, ao justificar o uso do banheiro em tempo superior ao permitido pela empresa (5 minutos).

A testemunha Otávia Machado Mathias (fls. 259/260) confirmou, textualmente, que **os empregados dispunham de somente cinco minutos para ir ao banheiro, e que se ultrapassado tal limite, sofreriam punições**. Aduziu, ainda, **que a autorização para o uso do banheiro poderia demorar até uma hora**, não sendo preciso muito esforço

para se presumir a aflição e constrangimento que a demora na permissão para o afastamento do serviço pode causar em situações iguais as descritas na audiência.

O depoimento, prestado sob juramento, leva à firme convicção do dano havido. De se observar que se trata a testemunha de funcionária que laborava no mesmo local e horário da demandante, tendo presenciado pessoalmente os fatos narrados.

De observar que a autora trabalhava durante 7 horas diariamente, dispondo somente de cinco minutos para ir ao banheiro, o que, por só, já importa em condições prejudiciais de trabalho.

Some-se a isto o fato maior havido, onde a autora **tinha que expor sua intimidade a terceiros contra a sua vontade.**

Já é pacífico entre os operadores do direito o entendimento de que o dano moral pode ser passível de reparação, embora, ao contrário do que às vezes acontece com o dano material, não consiga restabelecer as coisas ao seu *status quo ante*.

O dano moral é aquele que diz respeito ao âmagdo do ser humano, é o sofrimento que perturba de tal forma o ofendido, que se faz necessária a reparação, seja para minorar o sofrimento, seja para punir o ofensor.

In casu, restou efetivamente demonstrado o dano, razão de proceder a indenização pretendida.

No que concerne ao valor fixado pelo Juízo de primeiro grau, deve ser observado que a fixação da importância pecuniária a ser paga a título de indenização por dano moral se constitui em tarefa delicada, visto que, ao mesmo tempo em que visa reparar um dano de índole moral, de cunho subjetivo e muitas vezes de difícil mensuração até mesmo por envolver bens maiores como a honra e dignidade da pessoa humana, não pode fugir à noção do razoável e à capacidade econômica do ofensor, capaz de resultar em sua insolvência. Deve-se buscar a reparação do dano com suporte e amparo na consciência do justo e da equidade, evitando-se deixar impune o ato lesivo, porém sem incorrer no equívoco de transformar a indenização pecuniária em apreço, em fonte de enriquecimento ilícito para quaisquer das partes envolvidas e tampouco em fonte de cobiça para pretensões ilegítimas.

A ausência de fórmulas ou critérios objetivos capazes de indicar um *quantum* indenizatório condizente com a razoabilidade e com as especificidades de cada caso concreto torna a presente em uma decisão difícil, mas da qual não pode o julgador se esquivar.

Na falta de regulamentação e de elementos objetivos, mostra-se válida a adoção de parâmetros norteadores, como por exemplo, condição financeira do ofendido versus condição financeira do ofensor, pacificação do sentimento do lesado versus caráter punitivo do ofensor e distribuição da Justiça do ofendido versus caráter pedagógico da medida do ofensor.

Diante de todos estes fatos, verifica-se que a reclamante foi lesada em sua subjetividade, razão pela qual, entendo que a indenização por danos morais equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), arbitrada na r. sentença de origem, deve ser reduzida, considerando o tempo de duração do contrato de trabalho e o salário recebido pela autora, e a medida punitiva que deve ser imputada à ré.

Nego provimento aos recursos, no particular (fl. 258-275 - g.n).

No recurso de revista, a Reclamada sustenta que não restaram provados os fatos alegados pela obreira ou que o acontecimento tivesse decorrido de dolo ou culpa. Aduz que a Reclamada

sempre cumpriu todas as suas obrigações decorrentes do contrato de trabalho, notadamente no que diz respeito às questões de medicina e segurança do trabalho, não havendo que cogitar, portanto, em culpa e ato ilícito (fl. 292). Aponta violação dos arts. 7º, XXVIII, da CF, 186 do CCB e colaciona arestos.

Sem razão.

O Eg. Tribunal Regional, pautado nos fatos e provas produzidos nos autos, concluiu que:

- **era necessária uma autorização para o uso do banheiro (que poderia demorar até uma hora);**
- **os empregados dispunham de somente cinco minutos para ir ao banheiro (se ultrapassado tal limite, sofreriam punições);**
- **a Reclamante trabalhava durante 7 horas diariamente, dispondo somente de cinco minutos para ir ao banheiro;**
- **ao justificar o uso do banheiro em tempo superior ao permitido pela empresa (5 minutos), a obreira expôs sua intimidade a terceiros, contra a sua vontade.**

Na hipótese, ficou assentada a circunstância de a Reclamada controlar as idas ao banheiro pela Reclamante, reconhecendo o Regional as condições - prejudiciais de trabalho- (fl. 267) a que se submetia a obreira. Fixadas tais premissas pelo Tribunal Regional, instância soberana no exame do quadro fático-probatório carreado aos autos, adotar entendimento em sentido oposto implicaria o revolvimento de fatos e provas, inadmissível nesta seara recursal de natureza extraordinária, a teor da Súmula 126/TST.

Ainda que assim não fosse, a conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural - o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego.

O direito à indenização por danos moral e material encontra amparo no art. 186, Código Civil, c/c art. 5º, X, da CF, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º da CR/88).

Ora, a higidez física, mental e emocional do ser humano são bens fundamentais de sua vida privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nessa medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição Federal (artigo 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Carta Magna, que se agrega à genérica anterior (artigo 7º, XXVIII, da CF).

Considera-se que a Reclamada, ao adotar um sistema de fiscalização que englobava inclusive o controle dos empregados quando faziam uso do banheiro, ultrapassou os limites de atuação do seu poder diretivo para atingir, inclusive, a liberdade do empregado de satisfazer suas necessidades fisiológicas, afrontando normas de proteção à saúde e impondo-lhe uma situação degradante e vexatória. Essa política de disciplina interna revela uma opressão despropositada.

Nesse sentido, vale transcrever o julgado de que fui Redator:

RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. LIMITAÇÃO DE USO DE BANHEIRO. A higidez física, mental e emocional do ser humano são bens fundamentais de sua vida privada e pública, de sua intimidade, de sua auto-estima e afirmação social e, nessa medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição Federal (artigo 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Carta Magna, que se agrega à genérica anterior (artigo 7º, XXVIII, da CF/88). A empregadora, ao adotar um sistema de fiscalização que engloba inclusive a ida dos empregados ao banheiro, ultrapassa os limites de atuação do seu poder diretivo para atingir a liberdade do trabalhador de satisfazer suas necessidades fisiológicas, afrontando normas de proteção à saúde e impondo-lhe uma situação degradante e vexatória. Essa política de disciplina interna revela uma opressão despropositada, autorizando a condenação no pagamento de indenização por danos morais. Recurso de revista conhecido e provido no aspecto para restabelecer a sentença-. (RR - 224700-65.2007.5.18.0008 , Redator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 14/10/2009, 6ª Turma, Data de Publicação: 20/11/2009)

Cito, ainda, os seguintes precedentes desta Dtª 6ª Turma e, ainda, da 3ª Turma desta Corte:

(-)

DANO MORAL. TEMPO PARA O USO DO BANHEIRO. INDENIZAÇÃO. A dignidade é a pedra angular de todos os outros direitos e liberdades da pessoa humana: todas as pessoas são iguais, devem ser tratadas com respeito e integridade, e a violação deste princípio deve ser sancionada pela lei. Pelo princípio da dignidade humana cada ser humano possui um direito intrínseco e inerente a ser respeitado. Todas as condutas abusivas, que se repetem ao longo do tempo e cujo objeto atenta contra o SER humano, a sua dignidade ou a sua integridade física ou psíquica, durante a execução do trabalho merecem ser sancionadas, por colocarem em risco o meio ambiente do trabalho e a saúde física do empregado. Um meio ambiente intimidador, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo que se manifesta por palavras, intimidações, atos gestos ou escritos unilaterais deve ser coibido por expor a sofrimento físico ou situações humilhantes os empregados. Nesse contexto, o empregador deve envidar todas as medidas necessárias para prevenir o dano psicossocial ocasionado pelo trabalho. Na particular hipótese dos autos, deve-se levar em consideração que nem todos os empregados podem suportar, sem incômodo, o tempo de espera para o uso dos banheiros, sem que tal represente uma agressão psicológica (e mesmo fisiológica). A indenização em questão tem por objetivo suscitar a discussão sobre o papel do empregador na garantia dos direitos sociais fundamentais mínimos a que faz jus o trabalhador. Recurso de revista não conhecido. (...). (RR - 109200-34.2008.5.03.0007 , Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 09/06/2010, 6ª Turma, Data de Publicação: 18/06/2010 - g.n)

(-)

DANO MORAL. RESTRIÇÃO AO USO DO SANITÁRIO. Restringir o uso de toaletes por meio de autorização prévia expõe indevidamente a privacidade do trabalhador, ofendendo sua dignidade sem qualquer razoabilidade, posto que não se pode

objetivamente controlar de forma genérica a periodicidade da satisfação de necessidades fisiológicas que se apresentam em níveis diferentes em cada indivíduo. Tal proceder revela extrapolação aos limites do poder diretivo do empregador, ocasionando constrangimento a sua intimidade e uma inaceitável sustentação de interesses negociais com o sacrifício e humilhação do empregado, como se nota na apontada -medição da ANATEL-, como argumento para a não utilização dos toaletes. As assunções dos riscos do negócio pelo empregador apenas a ele atingem. Recurso de Revista conhecido neste tópico. (-) (RR - 109400-43.2007.5.18.0012 , Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 01/09/2010, 3ª Turma, Data de Publicação: 10/09/2010 - g.n)

Ainda, a SBDI-I, do TST:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. DANO MORAL. LIMITAÇÃO E FISCALIZAÇÃO QUANTO AO USO DE TOALETE. CONDENAÇÃO DA EMPRESA. ARESTO INESPECÍFICO. A gravidade da conduta patronal, aí considerada não apenas a restrição ao uso do toalete, mas a forma de fiscalização e de eventual punição dos empregados pelo descumprimento da regra estabelecida, pode ensejar fundamentos distintos para condenar ou absolver a Reclamada ao pagamento de indenização a título de dano moral. Daí porque se afiguram inespecíficos os arrestos, que, embora tratem substancialmente da mesma hipótese, não revelam a mesma gravidade dos fatos, no que concerne à conduta patronal. Embargos não conhecidos. (E-RR - 66300-68.2006.5.03.0019 , Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 27/05/2010, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 04/06/2010).

Por estar a decisão do Regional em consonância com o entendimento jurisprudencial desta Corte, o recurso de revista não reúne condições de admissibilidade, a teor da Súmula 333/TST c/c art. 896, § 4º, da CLT.

Quantum indenizatório

O Regional reformou a sentença, minorando o valor arbitrado a título de indenização por danos morais para R\$5.000,00 (cinco mil reais) (fl. 275).

Nas razões recursais, a Reclamada alega que não deve ser mantido o valor da condenação, já que – excessivamente alto –, pugnando pela aplicação do princípio da razoabilidade, nos termos do parágrafo único do art. 944, do CCB, e 51 e 52, da Lei nº 5.250/67 (Lei da liberdade de manifestação do pensamento e de informação).

Não assiste razão à Reclamada.

O Regional não analisou a controvérsia sob o enfoque do parágrafo único dos arts. 944, do CCB, e 51 e 52 da Lei nº 5.250/67, tampouco foi instado a fazê-lo via oposição de embargos declaratórios, incidindo, na espécie, a Súmula 297/TST como óbice à admissibilidade do recurso de revista.

Ainda que assim não fosse, não há na legislação pátria delineamento do *quantum* a ser fixado a título do dano pleiteado. Caberá ao juiz fixá-lo, equitativamente, sem se afastar da máxima cautela e sopesando todo o conjunto probatório constante dos autos. A lacuna legislativa na seara laboral quanto aos critérios para fixação leva o julgador a lançar mão

do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão e o valor monetário da indenização imposta, de modo que possa propiciar a certeza de que o ato ofensor não fique impune e servir de desestímulo a práticas inadequadas aos parâmetros da lei.

De todo modo, é oportuno registrar que a jurisprudência desta Corte vem se direcionando no sentido de rever o valor fixado nas instâncias ordinárias a título de indenização apenas para reprimir valores estratosféricos ou excessivamente módicos, o que não se verifica na hipótese.

Outrossim, o valor arbitrado pelo Regional a título de indenização por danos morais – **R\$5.000,00 (cinco mil reais, fl. 275)** – pautou-se em parâmetros claramente razoáveis, como a intensidade do sofrimento, a gravidade da lesão, o grau de culpa do ofensor e a sua condição econômica, o não-enriquecimento indevido da vítima e o caráter pedagógico da medida, não se configurando a violação dos dispositivos de lei apontados.

Multa do art. 477 da CLT

O Tribunal Regional deu parcial provimento ao recurso ordinário da Reclamante, acrescentando à condenação o pagamento da multa prevista no art. 477 da CLT, nos seguintes termos:

DA MULTA DO ARTIGO 477, PARÁGRAFO 8º, DA CLT

A reclamante investe contra a decisão de origem no tocante à multa do artigo 477, parágrafo 8º, da CLT.

Sustenta que foi afastada do emprego em 11 de novembro de 2005 e a rescisão contratual somente ocorreu em 31 de novembro de 2005 (sic).

Assiste razão à reclamante.

O primeiro reclamado alega que fez o depósito das verbas resilitórias na conta-corrente do autor, dentro do prazo previsto no parágrafo 6º, do artigo 477, da CLT.

O Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho (fl. 20) notícia que a homologação da rescisão contratual ocorreu em 23.11.2005, depois de ultrapassado o prazo previsto no parágrafo 6º, do artigo 477, da CLT, considerando que o afastamento ocorre em 11.11.2005.

O primeiro réu, entretanto, não produziu qualquer prova de que tivesse depositado o valor das verbas resilitórias, ônus que lhe competia, já que alegou fato obstativo do direito do autor.

Assim, pelo que consta dos autos, temos que a homologação da rescisão contratual só foi efetuada no dia 23.11.2005 e, tendo sido o reclamante dispensado em 11.11.2005, tem-se que o pagamento foi efetuado a destempo, merecendo reparo a sentença de primeiro grau, no particular, para que ambos os reclamados, o segundo subsidiariamente, sejam condenados ao pagamento da pena pecuniária prevista no artigo 477, parágrafo 8º, da CLT.

Dou provimento (fls. 258-275).

Nas razões recursais, a Reclamada aduz que a Reclamante percebeu as verbas rescisórias no prazo previsto no parágrafo 6º, alínea -b-, do art. 477, da CLT. Colaciona um único aresto.

Sem razão.

O apelo da Reclamada se baseia apenas em divergência jurisprudencial; entretanto, o aresto colacionado não impulsiona a admissibilidade da revista, já que oriundo do Turma do TST, órgão não elencado na alínea -a-, do art. 896, da CLT.

Ademais, o art. 477, § 8º, da CLT estipula multa em razão da desobediência do empregador aos prazos de pagamento das verbas rescisórias preconizados pelo § 6º do mesmo comando de lei, *-salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora-* (§ 8º, *in fine*, do art. 477).

A jurisprudência, em certo momento, chegou a admitir uma segunda situação excludente, de notório caráter excepcional: a circunstância de o Julgador ter tido fundada, consistente e séria dúvida quanto à própria existência da obrigação cujo inadimplemento gerou a multa. **No entanto, na sessão do Tribunal Pleno desta Corte, no dia 16/11/2009, determinou-se o cancelamento da OJ 351/SBDI-1, que estabelecia ser *incabível a multa prevista no art. 477, parágrafo 8º, da CLT, quando houver fundada controvérsia quanto à existência da obrigação cujo inadimplemento gerou a multa.***

Portanto, o critério autorizador da não-incidência da multa pelo atraso no pagamento das verbas rescisórias em juízo, ante a alegação de inexistência de relação de emprego, *encontra-se superado*, mesmo porque, ainda nessa mesma esteira, *reconhecida a existência de relação de emprego*, tendo por pano de fundo controvérsia judicialmente acertada, a declaração retroage no tempo e consolida situação de fato que determina a incidência da multa, pois perfeitamente encampada pelo art. 477 da CLT.

Não se pode, por interpretação desfavorável, no Direito do Trabalho, reduzir-se comando ou verba trabalhista – por isso foi tão bem cancelada a OJ 351.

Registre-se que, em todos os campos jurídicos, havendo inadimplemento da obrigação, incide a multa estipulada, a qual não é elidida pela simples circunstância de o devedor apresentar defesa em ação judicial (Direito Civil; Direito Empresarial; Direito do Consumidor; Direito Tributário; Direito Previdenciário etc). Apenas se o devedor tiver razão, judicialmente reconhecida, é que não pagará nem o principal, nem a multa. O mesmo critério prevalece, logicamente, no Direito do Trabalho (art. 477, §§ 6º e 8º, da CLT).

Acresça-se, por fim, que o acórdão recorrido afirmou, taxativamente, que não houve prova de depósito bancário tempestivo das verbas rescisórias. Incide, desse modo, também o óbice da Súmula 126 do TST.

Por todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

Isto posto

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, **negar provimento** ao agravo de instrumento interposto pela 1ª Reclamada.

Brasília, 20 de outubro de 2010.

Maurício Godinho Delgado
Ministro Relator

SÚMULAS

SÚMULA Nº 1

Cooperativa. Fraude. Vínculo de emprego. Responsabilidade subsidiária da administração pública. Quando arrematada, de forma fraudulenta, associados para prestar serviços a terceiros, a cooperativa distancia-se de seu escopo, transmutando a relação jurídica mantida com o pseudocooperado em autêntico contrato de emprego, implicando a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, beneficiária direta pela prestação laboral do trabalhador, ainda que a contratação haja ocorrido com base na Lei de Licitações.

SÚMULA Nº 2

Corretor de seguros. Vínculo de emprego. É empregado, e não corretor autônomo de seguros, o trabalhador que reúna os requisitos do art. 3º da CLT.

SÚMULA Nº 3

Bloqueio de proventos de aposentadoria, salários, pensões e honorários profissionais. Absoluta impenhorabilidade. Vedação legal. São os proventos de aposentadoria, salários, remunerações, pensões e honorários laborativos, a exemplo dos vencimentos, subsídios, pecúlios e montepios, absoluta e integralmente impenhoráveis, ante disposição legal expressa do inciso IV do art. 649 do CPC, com a redação conferida pela Lei nº 11.382/2006, de 6 de dezembro de 2006.

SÚMULA Nº 4

Contagem de juros. Depósito garantidor da dívida ou adimplemento total da obrigação. Cessação da contagem. CLT e lei de execução fiscal. I - A incidência de juros de mora, assim como da correção monetária, sobre o crédito trabalhista é regulada integralmente pela Lei 8.177/1991 e, portanto, nesse aspecto, não é aplicável o artigo 9º, § 4º, da Lei de Executivos Fiscal. II – Somente o adimplemento integral da dívida, assim considerado o depósito que propicia o imediato levantamento, fará cessar a contagem de juros moratórios.

SÚMULA Nº 5

Cedae. Teto remuneratório. Inaplicabilidade. A Cedae não está submetida ao limite remuneratório estabelecido no art. 37, inciso XI, da CRFB, por não se inserir na hipótese prevista em seu § 9º, visto que não recebe recursos públicos para pagamento de despesas de pessoal ou custeio em geral.

SÚMULA Nº 6

Cedae. Progressão horizontal por antiguidade e por merecimento. I - A Cedae é sociedade de economia mista regida pelo art. 173, § 1º, da Carta Magna, dispor de orçamento por ela própria elaborado, não autorizando a falta de disponibilidade financeira a omissão nas progressões horizontais por antiguidade. II - A progressão horizontal por antiguidade não viola o princípio concursivo, por não acarretar a alteração do cargo. III - Cabível a concessão das progressões horizontais por antiguidade, uma vez por ano, sempre no mês de agosto e nos anos ímpares, observando-se o interstício mínimo de 24 meses na faixa anterior do cargo ocupado, conforme regras estabelecidas no PCCS. IV - A concessão das progressões horizontais por

merecimento envolve critérios subjetivos, o que obsta a sua apreciação pelo Poder Judiciário, que não pode substituir o poder conferido ao empregador na avaliação de seus subordinados.

SÚMULA Nº 7

Aviso prévio indenizado. Não incidência de contribuição previdenciária. O salário-de-contribuição não é integrado pelo aviso prévio indenizado, mas tão somente pelas parcelas que remuneram o trabalho efetivamente prestado ou o tempo à disposição do empregador, não servindo de base de incidência de contribuição previdenciária.

SÚMULA Nº 8

Trabalhador portuário avulso. Vale-transporte. É assegurado ao trabalhador portuário avulso o direito aos vales-transporte relativos aos dias efetivamente laborados.

SÚMULA Nº 9

Vale-transporte. Não incidência da contribuição previdenciária. A parcela correspondente ao vale-transporte, quando exigível por força de decisão ou acordo judicial, assume caráter eminentemente indenizatório, não constituindo base de cálculo para a contribuição previdenciária.

SÚMULA Nº 10

Cedae. “Plus salarial”. Vantagem concedida de forma irregular. Negativa do princípio isonômico aos servidores públicos de nível universitário da sociedade de economia mista estadual. I- Se houve contratação irregular de servidor com remuneração superior aos demais servidores na mesma situação profissional, fato isolado e violador dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa, a vantagem verificada não pode servir de parâmetro remuneratório para todos os empregados públicos de nível universitário da companhia. II- O “plus salarial” recebido por alguns por força de decisão judicial também não pode ser estendido a outros servidores, ante o que dispõe o art. 37, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, que veda a equiparação de qualquer natureza para efeito de remuneração de pessoal do serviço público, sendo juridicamente impossível a aplicação da norma contida no art. 461 da CLT.

SÚMULA Nº 11

Execução definitiva. Penhora em dinheiro. Ordem preferencial. Em se tratando de execução definitiva, a determinação de penhora em dinheiro, para garantir crédito exequendo, não fere direito do executado, já que obedecida a gradação prevista no art. 655 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ao processo trabalhista.

SÚMULA Nº 12

Impossibilidade de satisfação do débito trabalhista pelo devedor principal. Execução imediata do devedor subsidiário. Frustrada a execução em face do devedor principal, o juiz deve direcioná-la contra o subsidiário, não havendo amparo jurídico para a pretensão de prévia execução dos sócios ou administradores daquele.

SÚMULA Nº 13

Cominações dos artigos 467 e 477 da CLT. Terceirização. Responsabilidade subsidiária. Nos casos de terceirização de mão de obra, inserem-se na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, ainda que se tratando de ente da Administração Pública Direta ou Indireta, as cominações dos artigos 467 e 477 da CLT.

SÚMULA Nº 14

Controle de jornada - isenção de marcação prevista em norma coletiva. Ineficácia da cláusula. Tendo o empregador mais de dez empregados, a obrigatoriedade de controle da jornada de trabalho é imperativo legal (CLT, artigo 74, §§ 1º e 2º), sendo ineficaz, de pleno direito, a cláusula normativa que dispõe em sentido contrário.

SÚMULA Nº 15

Cumulação de indenizações por danos estético e moral. O dano moral não se confunde com o dano estético, sendo cumuláveis as indenizações.

SÚMULA Nº 16

Revista íntima. Dano moral. Limites dos poderes de direção e fiscalização. Violação à honra e à intimidade do trabalhador. Princípio da dignidade da pessoa humana (art 1º, inc.III, CF). Cabe reparação por dano moral, por ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, o ato patronal consubstanciado em revistas íntimas de trabalhadores de qualquer sexo, incluindo a vigilância por meio de câmeras instaladas em banheiros e vestiários.

SÚMULA Nº 17

Imposto de renda. Não incidência sobre os juros de mora. Os juros moratórios decorrentes de parcelas deferidas em reclamação trabalhista têm natureza indenizatória e sobre eles não incide imposto de renda.

SÚMULA Nº 18

Companhia estadual de engenharia de transportes e logística - CENTRAL. Adicional de projetos especiais. A concessão do Adicional de Projetos Especiais a algum empregado não obriga a empresa a estender o benefício aos demais trabalhadores.

EMENTÁRIO

1. DIREITO DO TRABALHO

1.1 Categoria Profissional Especial

1.1.1 Bancário

1. A contratação de prestador de serviços para a execução de função própria de bancário é o que basta para a caracterização do vínculo empregatício com o tomador, com as vantagens próprias da categoria (TRT1 - 6ª Turma - Rel. Theocrito Borges dos Santos Filho - 0027300-81.2007.5.01.0019 - 07/7/2010).

2. O desempenho da função de *telemarketing* não enseja a condição de bancário e/ou financeiro (TRT1 - 6ª Turma - Rel. Theocrito Borges dos Santos Filho - 0031200-52.2009.5.01.0003 - 14/9/2010).

1.1.1.1 Enquadramento

3. Simples operador de *telemarketing* de empresa que preste serviços a uma Instituição Financeira não pode ser enquadrado na categoria profissional dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal, ou ser equiparado a eles. (TRT1 - 8ª Turma - Rel. Roque Lucarelli Dattoli - 0137700-75.2007.5.01.0048 - 10/8/2010).

1.1.2 Digitador/Mecanógrafo/Datilógrafo

4. Apenas as atividades permanentes de digitação atraem, por analogia, a incidência do art. 72 do Texto Consolidado. Assim é forçoso concluir que essa norma legal não é aplicável ao Operador de *Telemarketing*. (TRT1 - 2ª Turma - Rel. José Carlos Novis Cesar - 0028500-48.2008.5.01.0065 - 19/01/2010).

1.1.3 Telefonista/Telegrafista

5. *Telemarketing. Operadores. Art. 227 da CLT. Inaplicável.* A jornada reduzida de que trata o art. 227 da CLT não é aplicável, por analogia, ao operador de televentas, que não exerce suas atividades exclusivamente como telefonista, pois, naquela função, não opera mesa de transmissão, fazendo uso apenas dos telefones comuns para atender e fazer as ligações exigidas no exercício da função. (Orientação Jurisprudencial nº 273 da SDI-1 do Colendo TST). (TRT1 - 1ª Turma - Rel. Elma Pereira de Melo Carvalho – 0149200-26.2008.5.01.0074 - 22/02/2010).

1.1.3.1 Operador de Telemarketing

6. A descrição dos serviços contratados entre a primeira e segunda Ré indica que a Autora desempenhava a atividade de operadora de *telemarketing*, atendendo, por telefone, os usuários e clientes em potencial da TIM CELULAR, a justificar a retificação de função e o pagamento das diferenças salariais e reflexos (TRT1 - 6ª Turma - Rel. Theocrito Borges dos Santos Filho – 0079800-09.2008.5.01.0046 - 08/3/2010).

7. Comprovado, pelo depoimento da preposta da Reclamada, que o Reclamante trabalhava em *telemarketing* receptivo, utilizando simultaneamente computador e *headset*, devido o

reconhecimento do exercício da função de Operador de *Telemarketing*, como alegado na inicial. (TRT1 - 5ª Turma - Rel. Tania da Silva Garcia – 0111600-38.2007.5.01.0063 - 28/01/2010).

8. Operador de telemarketing. Funções. Segundo a descrição sumária, constante da CBO - Classificação Brasileira de Ocupações, operadores de *telemarketing* atendem usuários, oferecem serviços e produtos, prestam serviços técnicos especializados, realizam pesquisas, fazem serviços de cobrança e cadastramento de clientes, sempre via teleatendimento, seguindo roteiros e *scripts* planejados e controlados para captar, reter ou recuperar clientes. (TRT1 - 10ª Turma - Rel. Paulo Roberto Capanema da Fonseca – 0068800-03.2008.5.01.0243 - 17/6/2010).

9. Orientação não se confunde com captação, retenção ou recuperação de clientes, de forma a caracterizar o exercício das funções de operador de *telemarketing*, como previsto na Classificação Brasileira de Ocupações (COB). (TRT1 - 4ª Turma - Rel. Cesar Marques Carvalho-0111500-91.2008.5.01.0049 - 02/02/2010).

10. Recurso da primeira reclamada. Não conhecimento. Intempestividade. Não admitidos por interpostos fora do prazo legal. *Recurso da Reclamante. Condição de empregada bancária.* Tendo a prova dos autos atestado que no exercício da função de operadora de *telemarketing*, a autora não desenvolveu atividades pertinentes à condição de empregado bancário (atividade-defim do banco), inaplicável à reclamante as normas coletivas pactuadas entre as instituições financeiras e seus empregados, uma vez que a autora não se amolda a tal categoria profissional. (TRT1 - 2ª Turma - Rel. Maria Aparecida Coutinho Magalhães - 0129800-80.2007.5.01.0035 - 09/7/2010).

11. Recurso ordinário. Operador de telemarketing. Enquadramento. Se o empregado trabalha em empresa de teleatendimento e desenvolve suas funções utilizando terminal de computador e *headset* (conjunto de fones de ouvido e microfone), presume tratar-se de operador de *telemarketing* ou função análoga. (TRT1 - 10ª Turma - Rel. Flávio Ernesto Rodrigues Silva - 0197600-77.2007.5.01.0245 - 24/3/2010).

12. Recurso ordinário. Dataprev. Suporte Remoto. O serviço de suporte a clientes, com acesso a computadores para correção de defeitos ou instalação de aplicativos, ainda que o empregado fale ao mesmo tempo com o cliente, não se confunde com a função de operador de *telemarketing*, não tendo direito à jornada reduzida de seis horas. (TRT1 - 3ª Turma - Rel. Edith Maria Corrêa Tourinho - 0161600-05.2008.5.01.0064 - 29/9/2010).

13. Recurso ordinário. Operador de Teleatendimento/Telemarketing. O Catálogo Brasileiro de Ocupações, disponibilizado no portal do Ministério do Trabalho e do Emprego, trata as denominações de operador de *telemarketing* e de teleatendimento como sinônimas. A rigor, não há diferença nas atividades exercidas pelos profissionais de cada uma dessas denominações, de forma que seus direitos são uniformes. (TRT1 - 10ª Turma - Rel. Flávio Ernesto Rodrigues Silva – 0069200-13.2009.5.01.0039 - 25/3/2010).

14. Recurso ordinário. Operadores de telemarketing. Caracterização. São operadores de *telemarketing* aqueles trabalhadores que prestam serviços em centrais de atendimento telefônico e/ou centrais de relacionamento com clientes (*call centers*), para prestação de serviços, informações e comercialização de produtos, operando simultaneamente telefone e computador. (TRT1 - 8ª Turma - Rel. Maria José Aguiar Teixeira Oliveira – 0000800-77.2009.5.01.0028 - 03/3/2010).

15. Telemarketing. Teleatendimento. É irrelevante a distinção que pode ser feita entre as atividades de operador de *telemarketing* e operador de teleatendimento para aplicação de convenção coletiva na qual o sindicato da categoria profissional representa os operadores de *telemarketing* e os empregados de empresas de serviços de *telemarketing* e conexos, porque as atividades mencionadas são conexas. (TRT1 - 4ª Turma- Rel. Damir Vrcibradic - 0024000-70.2007.5.01.0065 - 05/7/2010).

16. Tendo se desincumbido a reclamante de provar que exercia as atividades inerentes à categoria de *telemarketing*, devido o enquadramento e as diferenças salariais postulados. (TRT1 - 5ª Turma - Rel. Mirian Lippi Pacheco - 0014300-08.2007.5.01.0021 - 25/3/2010).

1.2 Categoria Profissional Especial

17. Operador de telemarketing. Condição de bancário. Não provado que o reclamante exerceu atividade tipicamente bancária, não faz jus aos benefícios de categoria a qual não pertence. (TRT1 - 5ª Turma - Rel. Mirian Lippi Pacheco - 0076200-63.2007.5.01.0062 - 14/4/2010).

18. Reconhecimento da função de bancário/Financiário. Incontroverso que o reclamante foi admitido como operador de *telemarketing* e que sua função consistia em atendimento de clientes no que se refere aos cartões de crédito. Portanto, claro está que suas atividades não eram típicas de um bancário ou de um financiário, mas limitadas a atendimento a clientes de cartão de crédito. Recurso a que se nega provimento. (TRT1 - 10ª Turma - Rel. Célio Juaçaba Cavalcante - 0048400-52.2008.5.01.0021 - 23/6/2010).

19. Recurso ordinário. Terceirização ilícita. Bancário. Atividade-fim. Demonstrado nos autos que as atribuições da reclamante relacionavam-se à atividade-fim do banco, que transferiu a execução de parte de seu objeto social para a empresa prestadora de serviços, permitindo a intermediação de mão de obra, correto o enquadramento da autora na categoria dos bancários. Inteligência da Súmula nº 331, I do TST. Em face do princípio da isonomia, consagrado no artigo 5º da Constituição Federal, não se permite que a terceirização seja utilizada, simplesmente, como forma de redução de custos, no intuito de fraudar os direitos dos trabalhadores. E não são raros os casos em que empresas mascaram a contratação de empregados, utilizando mão de obra sob o manto da terceirização, quando, na prática, há de trabalhadores que executam a atividade preponderante da tomadora. (TRT1 - 10ª Turma- Rel. Flávio Ernesto Rodrigues Silva - 0070800-97.2007.5.01.0020 - 05/7/2010).

20. Telemarketing. Bancário. A prova dos autos revelou que, apesar de operar com *telemarketing*, o reclamante sempre prestou serviços inerentes a um empregado bancário para o terceiro reclamado, um banco. Logo, com base na Súmula nº 239 do C.TST, deve ser reconhecida a sua condição de bancário, com o deferimento parcial das vantagens previstas nas normas coletivas acostadas aos autos. Recurso do autor parcialmente provido. (TRT1 - 2ª Turma - Rel. Aurora de Oliveira Coentro - 0078400-49.2008.5.01.0081 - 13/5/2010).

21. Vínculo de emprego com o banco tomador. Reconhecido o vínculo de emprego com o Banco, o autor passa a ser considerado bancário com os respectivos direitos da categoria bancária. (TRT1 - 8ª Turma - Rel. Maria José Aguiar Teixeira Oliveira - 0170200-09.2006.5.01.0024 - 22/7/2010).

22. Operador de telemarketing. Pausa prescrita no artigo 72 da CLT. O artigo 72, da CLT, destina-se àqueles que prestam serviços permanentes de digitação, hipótese na qual não se enquadra a reclamante, uma vez que não realizava digitação durante toda a sua jornada de trabalho, já que, como teleoperadora, atendia ao telefone e utilizava-se do computador para prestar informações ao usuário. (TRT1 - 8ª Turma - Rel. Ana Maria Soares de Moraes - 0299600-05.2002.5.01.0481 - 08/9/2010).

1.2.1 Outras Categorias Profissionais

23. O fato de a autora realizar *telemarketing* receptivo ou ativo não a transforma em integrante da categoria profissional dos trabalhadores da empresa contratante. (TRT1 - 4ª Turma - Rel. Cesar Marques Carvalho - 0091400-61.2007.5.01.0046 - 27/4/2010).

1.3 Contrato Individual de Trabalho

1.3.1 Reconhecimento de Relação de Emprego

24. Operador de telemarketing. Prestação de serviço ao Banco Citicard. Demonstrada a inexistência de subordinação jurídica ao reclamado – um dos elementos caracterizadores mais relevantes da relação empregatícia –, a questão controvertida sequer chega a demandar perquirição acerca da possibilidade de operador de *telemarketing* poder ser considerado bancário para fins de enquadramento sindical. Recurso do autor improvido. (TRT1 - 3ª Turma - Rel. Jorge Fernando Gonçalves da Fonte - 0033500-50.2008.5.01.0058 - 20/5/2010).

1.4 Direito Sindical e Questões Análogas

1.4.1 Enquadramento sindical

25. Contax. Piso salarial. O modelo sindical brasileiro prevê o enquadramento sindical através da atividade econômica preponderante do empregador e não pela função do empregado (artigos 570 a 577 da Consolidação das Leis do Trabalho), com exceção das chamadas categorias profissionais diferenciadas (artigo 511, parágrafo 3º, Consolidado). Mas essa regra não pode ser interpretada isoladamente, deve se ter em mente, principalmente, a previsão contida no art. 9º da CLT. Havendo forte indício de que o acordo celebrado entre a reclamada e o SINTTEL/RJ teve a conotação de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT e, em especial, impedir a aplicação dos direitos assegurados na convenção coletiva juntada com a inicial. Resta, pois, indiscutível a sua prevalência em relação ao Acordo defendido pela ré, que, nitidamente visou impedir a aplicação de preceitos contidos na primeira. (TRT1 - 1ª Turma - Rel. Gustavo Tadeu Alkmim - 0103100-98.2008.5.01.0078 - 09/7/2010).

26. Enquadramento sindical. Atividade preponderante da empresa. O enquadramento sindical do obreiro é determinado pela categoria econômica, ou seja, a sindicalização é processada com base na atividade econômica principal da empregadora para a qual presta serviços, sendo-lhe aplicados os instrumentos negociados com a entidade sindical concernente. (TRT1 - 3ª Turma - Rel. Carlos Alberto Araujo Drummond - 0129500-20.2001.5.01.0071 - 09/7/2010).

27. Enquadramento sindical patronal. A reclamada nega vinculação ao SINDIMEST, mas não informa a que sindicato patronal se encontra ligada. Não nega, outrossim, o vínculo sindical da autora com o SINTTEL e, com ele, inclusive, firma acordos coletivos. Neste painel, considero que omissão da empregadora impede a necessária comparação entre as condições de convenção coletiva com acordo coletivo, devendo presumir-se aplicável à reclamante, *a priori*, a única Convenção conhecida firmada pelo sindicato de sua categoria, que estabelece piso salarial para os operadores de *telemarketing*, função que efetivamente exercia, não importando o nome que lhe atribuisse o empregador. Recurso da reclamante provido em parte. (TRT1 - 3ª Turma - Rel. Jorge Fernando Gonçalves da Fonte - 0062300-03.2007.5.01.0033 - 20/5/2010).

28. Enquadramento sindical. Operador de Telemarketing. A função de Operador de *Telemarketing* não constitui categoria diferenciada. A aplicação de instrumento coletivo diverso do da atividade preponderante do empregador só se justifica se este houver, pessoalmente ou através de o sindicato representativo de sua categoria, figurado como suscitado. (TRT1 - 7ª Turma - Rel. Fernando Antonio Zorzenon da Silva - 0143700-46.2005.5.01.0021 - 11/01/2010).

29. Enquadramento sindical. Telemarketing. As empresas que atuam na área de *telemarketing*, ou teleatendimento, não são representadas pelo SINDIMEST, sindicato que representa as empresas de instalação e manutenção de redes, equipamentos e sistemas de telecomunicações. (TRT1 - 4ª Turma - Rel. Damir Vrcibradic - 0122500-30.2008.5.01.0036 - 05/7/2010).

30. Enquadramento sindical. Verificando-se que a primeira reclamada é uma firma de prestação de serviços que opera sistema de teleatendimento em nome das empresas clientes, utilizando-se de centrais telefônicas para tal fim, e sendo a reclamante contratada para executar as tarefas de atendente, mediante a utilização de telefone e registros por meio de comunicação eletrônica, o que caracteriza o teleatendimento, merece ser mantida a sentença recorrida que deferiu diferenças salariais com base em norma coletiva específica à categoria de operador de atendimento e *telemarketing*. (TRT1 - 3ª Turma - Rel. Jorge Fernando Gonçalves da Fonte - 0075200-83.2007.5.01.0076 - 13/4/2010).

31. I. Recurso da reclamada. 1. Da função de operador de telemarketing 1. Por primeiro, cumpre consignar que, a nomenclatura atribuída à função pela qual a autora foi registrada, Representante de Serviços, por si só, não é bastante para esclarecer quais as reais atividades abrangidas pelo cargo. Tampouco esclareceu a ré quais seriam as atribuições dessa função, limitando-se a alegar, em contestação, serem distintas daquelas exercidas por um operador de *telemarketing* - cargo, inclusive, inexistente na empresa, segundo assertivas defensórias. 2. A par disso, a solitária testemunha ouvida nos autos, a rogo da autora, confirmou que ambas, reclamante e depoente, se ativavam na função de operadoras de *telemarketing*, no atendimento telefônico aos clientes da empresa OI, recebendo reclamações e solicitação de serviços, com utilização constante de computadores para inserção das queixas ou consulta de dados necessários ao cliente. 3. Como já fundamentado na sentença recorrida, as atividades de um operador de *telemarketing* não podem ser consideradas apenas às de venda ou divulgação. Todo profissional que atua no atendimento realizado por meio de telefone, com a utilização de equipamentos de informática para atendimento ao consumidor, registrando reclamações e fornecendo orientações e esclarecimentos, também está a exercer a função. 4. Dessarte, a análise dos autos autoriza concluir que a autora, de fato, exercia as atividades de operadora de *telemarketing*, como decidido pela origem. 5. Ante o exposto, admito e nego provimento. II.

Recurso da reclamante 1. Diferenças salariais 1.1. Incontroverso nos autos que a autora estava filiada ao SINTTEL, conforme se verifica pelo próprio carimbo deste Sindicato em seu TRCT de fls. 14. A discussão, assim, cinge-se à aplicação da Convenção Coletiva em prol do Acordo Coletivo firmado entre a primeira ré e o Sindicato dos Empregados. 1.2. Quanto à representação sindical da parte ré, em que pesem os fundamentos da sentença inquinada – adotando entendimento no sentido de que o sindicato patronal signatário das normas coletivas que a autora pretende ter a si aplicadas, SINDIMEST, não a representa, em face de seu objeto social – adoto conclusão diversa, mormente porque a reclamada restringiu-se a afirmar que sua categoria econômica não é representada pelo sindicato patronal signatário das convenções coletivas, sem, contudo, apontar qual a entidade a que se filia. 1.3. Posto isso, este Julgador entende que se impõe ater-se à literalidade do artigo 620 da CLT para solução do litígio. Este dispositivo legal, estabelece, em seu *caput*, que as condições estabelecidas em convenções coletivas, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordos Coletivos. 1.4. Verifica-se, de plano, que o dispositivo celetário fala em condições no plural, o que leva ineludivelmente à conclusão de que o legislador não se afastou da teoria do conglobamento, segundo a qual cada instrumento normativo deve ser considerado no seu todo, e não cláusula a cláusula isoladamente. 1.5. O fundamento racional da teoria (as boas razões de Norberto Bobbio para a positivação do Direito) está no fato de que as condições de trabalho estatuídas em instrumento normativo são objeto de negociação global, na qual determinada vantagem é concedida pela empresa ou sindicato patronal como compensação pela não-inclusão de outra, de tal forma que o conjunto das condições de trabalho e remuneração passam a ser aceitáveis por ambas as partes. 1.6. Pinçar isoladamente, de instrumentos normativos diversos, as cláusulas mais benéficas para o empregado ou reputar inválidas cláusulas flexibilizadoras de direitos concernentes a remuneração ou jornada (passíveis de flexibilização, na esteira do art. 7º, VI, XIII e XIV, da Constituição Federal), olvidando que a cláusula vantajosa ou desvantajosa para o empregado somente é instituída em face de compensação com outras vantagens ou desvantagens, seria quebrar o equilíbrio negocial, desestimulando a concessão de vantagens alternativas, desconsideradas em face do que se consubstanciaria em superlativo protecionismo por parte do Estado-Juiz. 1.7. Quanto à Teoria do Conglobamento, mister esclarecer que a sua aplicação está adstrita à comparação de todos os pontos da CCT e do ACT. 1.8. A norma contida no artigo 620 da CLT é expressa quanto à prevalência das condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, àquelas estipuladas em acordo coletivo. 1.9. A tese discutida nos autos refere-se a diferenças salariais em relação ao piso salarial obtido da aplicação do disposto na convenção coletiva de trabalho em detrimento do acordo coletivo de trabalho. 1.20. Exegese diversa dada ao art. 620 da CLT (como também ao art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, da CF), com a desconsideração da teoria do conglobamento, apenas contribuiria para o desestímulo à negociação coletiva, implicando substituição das soluções autônomas pelas heterônomas para os conflitos coletivos do trabalho, pela multiplicação dos dissídios coletivos e retorno ao paternalismo estatal, incompatível com o atual estágio de evolução das relações capital-trabalho. 1.21. Da análise das normas coletivas em questão, evidente que a Convenção Coletiva é mais benéfica ao autor, já que, por exemplo, apresenta piso salarial fixado para diversas funções, o que sequer consta do Acordo Coletivo acostado pela ré. 1.22. Na Convenção Coletiva há previsão de jornada de trabalho de 40 horas semanais, enquanto o Acordo Coletivo prevê 44 horas semanais. 1.23. Sendo assim, aplicáveis ao reclamante todas as disposições estabelecidas na Convenção Coletiva, como postulado na inicial. 1.24. Veja-se, ainda, que, as

argumentações da recorrente de que o Acordo seria muito mais benéfico que a Convenção são extremamente genéricas, eis que não discrimina quais cláusulas e valores seriam mais vantajosos para a reclamante. 1.25. Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao apelo obreiro, para, reconhecendo aplicáveis à autora as Convenções Coletivas, deferir a retificação da CTPS obreira para constar o salário ora determinado, diferenças salariais apuradas entre o valor pago pela ré e o piso estabelecido nessas normas, inclusive sobre os valores pagos a título de aviso prévio, 13º salário e adicionais, férias proporcionais e vencidas, acrescidas do terço constitucional, inclusive os valores devidos a título de recolhimento fundiário e indenização de 40%, julgando procedente os pedidos de letras c e d postos na inicial. 2. *Jornada suplementar* 2.1. Restou indene de dúvida nos autos que o acréscimo à jornada obreira não se configurou em mais tempo à disposição do empregador, haja vista que, em face da concessão de mais vinte minutos para lanche, o horário de saída foi elástico para vinte minutos após o anteriormente praticado (das 14h00 às 14h20). 2.2. Assim, inexistindo labor além da jornada legal ou acréscimo do tempo à disposição do reclamado, não há que se falar em horas extras. 2.3. Ante o exposto, admito e *Nego provimento*. 3. *Das pausas* 3.1. Consoante estabelecido nas Convenções Coletivas, cuja aplicação à autora foi reconhecida nesta decisão, a utilização de audífono e terminal de vídeo de forma permanente e ininterrupta obriga a concessão de pausa de dez minutos a cada cinquenta trabalhadores. 3.2. No caso em análise, a prova oral revelou que a autora preenchia os requisitos postos normativamente para a consecução da pausa acima mencionada. A única testemunha a depor, disse ao Juízo que trabalhavam ininterruptamente num headset e perante um terminal de vídeo. 3.3. Assim, a inobservância das pausas impostas por meio de norma coletiva resultou em jornada superior a que a autora estava obrigada a cumprir, autorizando o pagamento desses intervalos não-concedidos como horas extras. 3.4. Ante o exposto, admito e dou provimento ao apelo obreiro para condenar a ré ao pagamento das pausas não concedidas, dez minutos de descanso a cada cinquenta minutos trabalhos, como extraordinárias, acrescidas do adicional de 50% e com reflexos nas demais verbas salariais, julgando procedente o pedido da letra e da inicial. *Conclusão* 1. Ante o exposto, admito o recurso protocolizado pela reclamada e considerando que a função de operador de *telemarketing* não se limita ao empregado que realiza venda de produtos e serviços por meio de ligações telefônicas e que todo profissional que atua no atendimento realizado por meio de telefone, com a utilização de equipamentos de informática para atendimento ao consumidor, registrando reclamações e fornecendo orientações e esclarecimentos, também a esta exercendo, *nego-lhe provimento*. 2. Ante o exposto, admito, outrossim, o recurso ordinário proposto pela autora e considerando que: 1) a norma contida no artigo 620 da CLT é expressa quanto à prevalência das condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, àquelas estipuladas em acordo coletivo; 2) reconhecida a aplicação das Convenções Coletivas à autora, estabelecido nestas a utilização de audífono e terminal de vídeo de forma permanente e ininterrupta obriga a concessão de pausa de dez minutos a cada cinquenta trabalhadores e revelado pela prova oral que a autora preenchia os requisitos necessários ao usufruto deste interregno, *dou-lhe parcial provimento para reconhecer serem aplicáveis à autora as Convenções Coletivas, deferir a retificação das anotações postas em CTPS para constar o salário ora determinado e condenar a reclamada ao pagamento de diferenças salariais apuradas entre o valor pago pela ré e o piso estabelecido nessas normas, inclusive sobre os valores pagos a título de aviso prévio, 13º salário e adicionais, férias proporcionais e vencidas, acrescidas do terço constitucional, inclusive os valores devidos a título de recolhimento fundiário e*

indenização de 40%, julgando procedente os pedidos de letras c e d postos na inicial. Todavia, considerando, ainda que, o acréscimo de vinte minutos à jornada obreira não resultou em labor além da jornada legal ou acréscimo do tempo à disposição do reclamado, *nego-lhe provimento* quanto ao pedido de horas extras, julgando improcedente o pedido posto na letra f da inicial. 3. Quando da realização dos cálculos de liquidação, determino que sejam observados os critérios de cálculo constantes no item 5 da fundamentação. (TRT1 - 10ª Turma - Rel. Ricardo Areosa - 0078300-98.2008.5.01.0015 - 27/5/2010).

32. Operador de telemarketing. Norma coletiva. Não constitui categoria diferenciada a atividade de operador de *telemarketing*, ocorrendo o enquadramento sindical pela atividade preponderante do empregador. Recurso a que se dá parcial provimento. (TRT1 - 1ª Turma - Rel. Marcos Palacio - 0069600-83.2008.5.01.0064 - 10/02/2010).

1.4.2 Representação Sindical

33. Imposto de renda. Cálculo. O imposto de renda, a ser deduzido do crédito da parte autora, deve ser retido pela empresa à época em que o crédito trabalhista tornar-se disponível à empregada, observando as tabelas e alíquotas vigentes à época a que se refere cada parcela deferida à demandante. *Atividade de telemarketing. Piso salarial. Normas coletivas trazidas pela reclamante. Aplicabilidade.* Não comprovou a primeira ré (CONTAX), que é a empregadora, como lhe exige o disposto no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333, II, do Código de Processo Civil, que se subsumisse na representação de outro sindicato da categoria econômica que não o conveniente do instrumental exibido pela reclamante. Por essa razão, são aplicáveis à autora as normas coletivas trazidas aos autos com a petição inicial e, em consequência, não há como deixar de conceder-lhe o salário normativo pretendido. (TRT1 - 7ª Turma - Rel. Evandro Pereira Valadão Lopes - 0266800-23.2006.5.01.0241 - 10/3/2010).

1.5 Duração do Trabalho.

34. Aos “operadores de *telemarketing*”, pela natureza de suas funções, não se aplica a jornada de trabalho reduzida de que trata o art. 227 da CLT. (TRT1 - 8ª Turma - Rel. Roque Lucarelli Dattoli - 0070300-29.2008.5.01.0074 - 30/7/2010).

35. Não tem direito à jornada de seis horas de trabalho o empregado que além de realizar vendas por telefone, também possui diversas outras tarefas ao longo do contrato que descaracterizam o trabalho permanente ao telefone. (TRT1 - 8ª Turma - Rel. Giselle Bondim Lopes Ribeiro - 0042700-05.2008.5.01.0051 - 13/9/2010).

36. Operador de telemarketing. Art. 227 da CLT. A adoção de jornada reduzida àqueles que exercem função de operador de *telemarketing* não encontra respaldo na legislação vigente. Inviável, assim, a aplicação do disposto no art. 227, da CLT, pois não exercem atividades exclusivas como telefonistas, aplicando-se à hipótese o entendimento contido na Orientação Jurisprudencial nº 273, da SDI-1, do C. TST. (TRT1 - 8ª Turma - Rel. Ana Maria Soares de Moraes - 0133100-36.2007.5.01.0072 - 30/7/2010).

37. Telemarketing. Art. 227 da CLT. A jornada reduzida estabelecida no art. 227 da CLT não se aplica, nas circunstâncias, posto que o atendimento por telefone apenas quando necessário

em nada se compara à função de telefonista prevista na referida norma. (TRT1 - 1ª Turma - Rel. Gustavo Tadeu Alkmim - 0159000-82.2008.5.01.0008 - 09/7/2010).

1.5.1 Hora Extra

38. *Operadora de telemarketing. Acordo coletivo de compensação e flexibilidade de jornada. Limite de carga horária a 44 horas semanais.* Correta a sentença que deferiu como extra, as horas que extrapolarem a 44ª semanal. Recurso da ré a que se nega provimento. (TRT1 - 6ª Turma - Rel. Alexandre de Souza Agra Belmonte - 0019900-08.2008.5.01.0075 - 21/9/2010).

39. *I. Da nulidade do julgado.* 1. A reclamada requer a nulidade do julgado, em razão de prestação jurisdicional incompleta, alegando que o juízo de instrução original, não obstante tenha sido instado a se manifestar por meio de embargos de declaração, não se pronunciou acerca das questões arguidas na defesa. 2. Não se vislumbra na hipótese vertente, qualquer infringência relativa ao art. 93, IX, da Constituição Federal. A sentença de instrução original, se mostrou clara e fundamentada quanto aos tópicos abordados, tendo sido assegurado aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, sendo certo que, o fato de a decisão de não lhe ter sido favorável, não lhe confere o direito pretendido, já que a sentença é provida de fundamentação. 3. Verifica-se que nas razões de embargos de declaração opostos, a reclamada limitou-se a questionar as conclusões do juízo quanto ao pagamento do repouso semanal remunerado, que entendeu que o repouso deferido ocorreu em razão do reflexo de horas extras. 4. Não há, portanto, como se acolher a tese de nulidade da sentença, por negativa de prestação jurisdicional, pois o Juízo da instrução original, ao proferi-la, atendeu a norma constitucional prevista no art. 93, XI, da Carta Magna. 5. Admito e rejeito. *II. Da jornada suplementar.* 1. Insurge-se a reclamada contra a condenação ao pagamento de horas extras, alegando que o horário da autora não ultrapassava as quarenta e quatro horas semanais, além de jamais ter exercido as funções de operadora de *telemarketing* ou de telefonista. 2. A solução das questões postas em recurso, ou seja, os fundamentos de fato e de direito expostos no apelo da recorrente, bem como o pleito recursal daí derivado, comporta, unicamente, a apreciação de questões de ordem fática e de provas judiciais presentes nos autos. 3. Na emenda a inicial, a autora alegou que sempre exerceu as funções de operadora de *telemarketing*, na venda de anúncios publicitários, trabalhando permanentemente na mesa de operações de telefonia e que foi contratada para trabalhar das 8:00 às 18:00, de segunda a sexta, com uma hora de intervalo, conforme consta nos controles de ponto, mas que na condição de operadora de *telemarketing* a sua jornada deveria ser de seis horas diárias. 4. Na defesa, a reclamada confirmou o horário indicado na inicial, mas alegou que em momento algum a reclamante exerceu as funções de telefonista de mesa. 5. A sentença do juízo de instrução original concluiu que a reclamante trabalhava como operadora de *telemarketing*, reconhecendo o horário de trabalho descrito na inicial, condenando a reclamada ao pagamento de horas extras, considerando como tais todas as horas laboradas após a jornada de seis horas diárias. 6. Analisando-se os elementos dos autos, especialmente o depoimento da testemunha, que assim como a autora também foi registrada como assessor de contas I, conclui-se que independentemente do que constou na carteira de trabalho da reclamante, a função exercida pela mesma era a de operadora de *telemarketing*, fazendo jus a autora ao pagamento como extras das horas laboradas além da sexta diária. 7. Deste modo, admito e nego provimento, mantendo a condenação nos exatos termos sentenciados. *III. Das comissões.* 1. Alega a

reclamada que as comissões sempre foram pagas de forma correta e se as mesmas foram estornadas, foi por algum motivo, de maneira que não persistem as diferenças. 2. A sentença do juízo de instrução original julgou procedente o pedido de devolução dos estornos ocorridos, conforme recibos de pagamento, posto que a reclamada não comprovou que estes ocorreram em caso de insolvência do cliente. 3. A solução das questões postas em recurso, ou seja, os fundamentos de fato e de direito expostos no apelo da recorrente, bem como o pleito recursal daí derivado, comporta, unicamente, a apreciação de questões de ordem fática e de provas judiciais presentes nos autos. 4. Na emenda a inicial, a autora alegou que recebia comissões sobre as vendas efetuadas e que quando ocorria inadimplência do cliente por qualquer motivo, a comissão recebida era estornada da autora no mês seguinte e esclareceu que 70% da inadimplência ocorreu pelo fato de não ter a reclamada entregue o produto da venda (a lista). 5. Na defesa, a reclamada sustentou que o estorno de comissões está previsto no contrato de trabalho e que havendo cancelamento ou rescisão, o empregado não terá direito as respectivas comissões, que poderão ser estornadas ou canceladas. 6. Entretanto, a prova testemunhal produzida demonstrou que a ocorrência dos estornos efetuados pela ré não ocorriam pelas razões descritas na defesa, eis que a testemunha ouvida declarou que havia estorno quando vendiam anúncio, mas a lista não era entregue e que 90% era por essa razão. 7. Ressalte-se que os riscos do empreendimento não são do empregado, e sim do empregador, sendo incabíveis os estornos realizados pela reclamada. 8. Ante o exposto, admito e nego provimento, mantendo a sentença do juízo de instrução original que julgou procedente o pedido de devolução dos estornos efetuados pela reclamada. *IV. Dos prêmios de produtividade.* 1. No que tange a integração de supostos prêmios de produtividade ao salário pagos por fora, sustenta a reclamada que a premiação diz respeito a determinado alcance de metas, não havendo que ser considerado salário e que todas as parcelas pagas durante o contrato de trabalho foram corretamente consignadas nos respectivos recibos salariais. 2. Na emenda substitutiva a inicial, a reclamante pleiteou a integração dos prêmios nos 13º salários, nas férias acrescidas de 1/3, no FGTS e 40% e no aviso prévio. 3. Examinando-se os elementos dos autos, constata-se que restou comprovado pela prova testemunhal produzida que a autora recebia tais parcelas sem que constassem dos recibos de pagamento, restando ainda demonstrado pelo depoimento do preposto que o pagamento de prêmio ocorria de forma habitual. 4. Assim sendo, constatando-se que tais pagamentos não constaram dos recibos, procede a integração dos prêmios nas parcelas pleiteadas pela autora. 5. Admito e nego provimento. *V. Do FGTS.* 1. Sustenta a reclamada que o FGTS foi correta e regularmente pago à recorrida com base em todas as parcelas de natureza salarial. 2. Examinando-se os documentos juntados aos autos (extratos da conta vinculada), constata-se a ausência de depósitos em determinados meses, tais como outubro/2006, novembro/2006 e dezembro/2006, além de se verificar que em alguns meses os valores foram depositados a menor. 3. Ante o exposto, são devidas as diferenças de FGTS pleiteadas pela autora. 4. Admito e nego provimento. *VI. Da multa aplicada pela decisão de embargos de declaração.* 1. Requer a reclamada que seja excluída da condenação a multa de 1% sobre o valor da causa aplicada pela decisão de embargos de declaração, alegando que inexistente a litigância de má-fé imputada à recorrente. 2. Analisando-se atuação processual da reclamada, não vislumbro conduta que tipifique litigância de má-fé. Os argumentos da recorrente são perfeitamente questionáveis dentro do universo jurídico, não extrapolando o limite do razoável. 3. Defender-se é direito das partes e, constitucionalmente, garantido e negar os fatos constitutivos do direito da autora não pode ser considerado ato de litigância de má-fé.

4. Admito e dou provimento para excluir da condenação a multa de 1% sobre o valor da causa aplicada pela decisão de embargos de declaração. *VII. Conclusão* 1. Pelo exposto, *admito* o recurso ordinário da reclamada e pelos seguintes arrimos: I) a sentença de instrução original, se mostrou clara e fundamentada quanto aos tópicos abordados, tendo sido assegurado aos litigantes o contraditório e a ampla defesa; II) analisando-se os elementos dos autos, especialmente o depoimento da testemunha, que assim como a autora também foi registrada como assessor de contas I, conclui-se que independentemente do que constou na carteira de trabalho da reclamante, a função exercida pela mesma era a de operadora de *telemarketing*, fazendo jus a autora ao pagamento como extras das horas laboradas além da sexta diária; III) a prova testemunhal produzida demonstrou que a ocorrência dos estornos efetuados pela ré não ocorriam pelas razões descritas na defesa, eis que a testemunha ouvida declarou que havia estorno quando vendiam anúncio, mas a lista não era entregue e que 90% era por essa razão; IV) examinando-se os elementos dos autos, constata-se que restou comprovado pela prova testemunhal produzida que a autora recebia tais parcelas sem que constassem dos recibos de pagamento, restando ainda demonstrado pelo depoimento do preposto que o pagamento de prêmio ocorria de forma habitual; V) examinando-se os documentos juntados aos autos (extratos da conta vinculada), constata-se a ausência de depósitos em determinados meses, além de se verificar que em alguns meses os valores foram depositados a menor; VI) analisando-se atuação processual da reclamada, não vislumbro conduta que tipifique litigância de má-fé. Os argumentos da recorrente são perfeitamente questionáveis dentro do universo jurídico, não extrapolando o limite do razoável, *dou-lhe parcial provimento*, para excluir da condenação a multa de 1% sobre o valor da causa aplicada pela decisão de embargos de declaração. Quando da liquidação do julgado, deverão ser observados os critérios de cálculo previstos no item 8 da fundamentação. (TRT1 - 10ª Turma - Rel. Ricardo Areosa - 0098400-35.2008.5.01.0028 - 14/01/2010).

1.5.2 Intervalo Intraornada

40. *NR-17. Pausas intrajornadas de dez minutos.* São devidas duas pausas de dez minutos aos empregados em teleatendimento/*telemarketing*, computadas na jornada de trabalho, conforme previsão na Portaria nº 9, de 30/03/2007 do Ministério do Trabalho e Emprego, visando a resguardar a saúde desses trabalhadores, mediante a prevenção da sobrecarga psíquica, muscular e estática do pescoço, ombros, dorso e membros superiores, nos termos do item 5.4 da mencionada Portaria. (TRT1 - 5ª Turma - Rel. Mirian Lippi Pacheco - 0107300-26.2008.5.01.0054 - 19/8/2010).

1.5.2.1 Adicional de Hora Extra

41. *Horas extras.* Ultrapassada a jornada contratual de seis horas, a autora tem direito ao gozo do intervalo intrajornada de uma hora, consoante os termos do art. 71 da CLT. (TRT1 - 1ª Turma - Rel. Gustavo Tadeu Alkmim - 0082000-75.2008.5.01.0082 - 09/7/2010).

1.5.3 Intervalo Intra jornada.

42. *Pausa do teleatendimento e telemarketing. Aplicação da NR-17.* Deferido somente o acréscimo de 50% nos 20 minutos de pausa sonogados, para os dias efetivamente trabalhados. Recurso da autora, a que se dá parcial provimento. (TRT1 - 6ª Turma- Rel. Alexandre de Souza Agra Belmonte - 0098900-23.2008.5.01.0054 - 09/7/2010).

1.6 Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios

1.6.1 Salário/Diferença Salarial

43. *Diferenças salariais. Normas coletivas da tomadora. Aplicabilidade.* O entendimento doutrinário tem sido de que são elas aplicáveis aos empregados da empresa terceirizada, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia, previsto na Constituição da República. Trabalhando lado a lado com os empregados da tomadora, em funções e condições similares, não há porque discriminar os trabalhadores terceirizados pela desventura de não ser empregado formal da tomadora, devendo o autor beneficiar-se das normas coletivas aplicáveis aos empregados da tomadora. (TRT1 - 2ª Turma - Rel. Aurora de Oliveira Coentro - 0138100-16.2007.5.01.0040 - 21/7/2010).

44. *I - Do recurso ordinário da reclamante. 1. Das diferenças salariais* 1.1. Recorre ordinariamente a reclamante, pretendendo o deferimento do seu pedido de diferenças salariais e seus reflexos, nas verbas rescisórias, tendo em vista que o salário recebido durante o contrato de trabalho como Representante de Serviços, não era compatível com o salário devido pela função de Operadora de *Telemarketing* efetivamente exercido e reconhecido na sentença. 1.2. A sentença de origem indeferiu o pedido de diferenças salariais, sob os seguintes fundamentos: a) que a ressalva inserta na parte final da cláusula da norma coletiva invocada na petição inicial, que excepciona a jornada de trabalho de oito horas por dia, com remissão ao disposto no artigo 277 da CLT (jornada de seis horas), não tem aplicação aos operadores de *telemarketing*; e b) que o valor fixado na convenção coletiva de trabalho é para uma jornada diária de oito horas enquanto a estipulada no contrato de trabalho é para uma jornada de seis horas, sendo mais vantajoso o salário praticado do que aquele almejado. 1.3. Não obstante, a recorrente ajuizou o presente recurso ordinário, com razões completamente diferentes daquelas referentes ao fundamento da sentença atacada. 1.4. Pelo princípio processual da dialeticidade, a fundamentação, cujo atendimento pressupõe necessariamente a argumentação lógica destinada a evidenciar o equívoco da decisão impugnada, é pressuposto objetivo de admissibilidade de qualquer recurso. No caso em tela, da análise do arrazoadado, conclui-se que a recorrente não investe de forma objetiva contra os fundamentos da sentença meritória, que entendeu que o salário recebido era mais vantajoso do que o salário almejado. 1.5. Trata-se, portanto, de recurso totalmente desprovido de fundamento, pressuposto objetivo extrínseco de admissibilidade, cujo atendimento supõe necessariamente argumentação visando a evidenciar o equívoco da decisão impugnada. 1.6. Portanto, deve ser aplicado a inteligência da Súmula nº 422 do Tribunal Superior do Trabalho, que dispõe: “Recurso. Apelo que não ataca os fundamentos da decisão recorrida. Não conhecimento. Art. 514, II, do CPC. Não se conhece de recurso para o TST, pela ausência do requisito de admissibilidade inscrito no art. 514, II, do CPC, quando as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que fora

proposta.” 1.7. Por tais fundamentos, não admito o presente tópico por haver desconexidade entre a sentença hostilizada e as razões de recurso, ou seja, falta de dialeticidade recursal. 2. *Da multa do art. 477 da CLT* 2.1. Sustenta que deve ser deferido pagamento da multa do art. 477 da CLT, eis que a homologação da sua rescisão se deu em prazo superior ao previsto no referido dispositivo. 2.2. Incontroverso nos autos que a dispensa da autora ocorreu em 16/07/2007. O Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho, acostado pela ré a fls. 148, demonstra que a rescisão somente foi homologada em 31/07/2007, ou seja, após o prazo de 10 (dez) dias previsto no art. 477 da CLT. 2.3. Apesar dos argumentos da reclamada, não há qualquer prova de que tenha sido efetuado qualquer depósito em favor da autora em data anterior à data da homologação da rescisão. 2.4. Admito e dou provimento, para condenar a primeira reclamada ao pagamento da multa prevista no art. 477 da CLT, conforme item “10” do rol de pedidos da inicial. II - *Do recurso ordinário da primeira reclamada* 1. *Da submissão perante a comissão de conciliação prévia* 1.1. Recorre ordinariamente a primeira reclamada, pretendendo a extinção do feito sem julgamento do mérito em razão da ausência de submissão da demanda à Comissão de Conciliação Prévia. 1.2. A relação processual é sempre instrumental, servindo para solução de litígios e não para a eternização dos mesmos. Quando a lei preconiza que a demanda trabalhista seja precedida de uma “demanda” perante a Comissão de Conciliação Prévia, não erige amplo óbice ao direito de ação trabalhista, mas apenas lhe traceja um pressuposto processual. Mas a ausência de ânimo por parte da reclamada em terminar o litígio através da via conciliatória nos indica que aquela “demanda” seria de todo desnecessária e supérflua. 1.3. Se a reclamada não pretende acatar a conciliação judicial aqui sugerida, seria uma violação elementar ao princípio da instrumentalidade do processo aceitar-se a preliminar ofertada que tem por sedimento a falta de tentativa conciliatória extrajudicial. Também seria um atestado óbvio de preguiça judicante (moléstia que ainda não acomete este magistrado) e de se louvar a forma em detrimento do conteúdo. 1.4. Ante o exposto, admito e nego provimento. 2. *Da súmula nº 330 do TST* 2.1. Invoca a recorrente a aplicação da Súmula nº 330 do TST para excluir da condenação toda e qualquer parcela deferida. 2.2. A quitação e liberação ocorrida no TRCT restringem-se ao valor das parcelas, na forma discriminada no termo rescisório. Não tem o condão de obstar que o trabalhador ingresse em juízo para ver apreciada suposta lesão que entenda ter sofrido. Entendimento contrário implicaria em violação à norma constitucional inserta no inciso XXXV do artigo 5, segundo a qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. 2.3. Admito e nego provimento. 3. *Da retificação da CTPS* 3.1. Insurge-se a recorrente contra a condenação a retificar a CTPS da autora para constar a função de Operadora de *Telemarketing*, tendo em vista que não teria restado comprovado o exercício da respectiva função. 3.2. Na inicial, a autora alegou que, não obstante constar em sua CTPS a função de Representante de Serviços, na prática exercia a função de Operadora de *Telemarketing*. Na contestação, a primeira reclamada sustentou que a reclamante sempre exerceu as funções de Representante de Serviços, e que a função de Operadora de *Telemarketing* sequer existiria na empresa. Ainda em sua contestação, a ré frisou que seu objeto social seria o teleatendimento em geral e o exercício de atividades afins, resumindo-se a receber e realizar contatos telefônicos para gerenciamento de relacionamentos com clientes. 3.3. Verifica-se que a reclamada não indicou quais seriam as atribuições da função de Representante de Serviços, a fim de que o julgador pudesse apurar a extensão dos afazeres da autora e, assim, compará-los com as funções de Operadora de *Telemarketing*. 3.4. A prova testemunha colhida informou que tanto ela quanto a reclamante exerciam a função de Operadora de *Telemarketing*, inclusive

usando equipamentos como o head-set e computador. Desta forma, temos que a pretensão da autora é embasada em funções que diz ter exercido como “Operadora de *Telemarketing*”, e as suas atividades se coadunam com essa categoria. 3.5. O fato de a reclamada ter colocado na CTPS da autora uma função que sequer existe na Convenção Coletiva ou na Classificação Brasileira de Ocupações, somente reforça a tese de fraude no contrato de trabalho. 3.6. Por todo o exposto, temos que o conjunto probatório indica que a autora efetivamente exercia as funções de Operadora de *Telemarketing*, como decidido na sentença de origem. 3.7. Admito e nego provimento. 4. *Da jornada suplementar. Contradita de testemunha.* 4.1. Sustenta a recorrente que deve ser excluído da condenação o pagamento de horas extras, eis que a testemunha ouvida deve ser contraditada, em razão de possuir Reclamação Trabalhista em face da ré. 4.2. O pedido de jornada suplementar foi deferido na sentença de origem principalmente com base no depoimento da testemunha da reclamante. 4.3. A ré arguiu contradita, argumentando que a testemunha mantém reclamação trabalhista contra si, tendo, portanto, interesse na causa. A testemunha afirmou em audiência que não tem interesse em prejudicar qualquer das partes. 4.4. Deve-se rejeitar a contradita, pois a testemunha aqui referida exerce um direito constitucionalmente garantido, qual seja, o de demandar. Ademais, o fato de ser reclamante em outra ação não a torna uma mentirosa comprovada, mas sim atesta o ânimo de vir ao Judiciário buscar interesses que entende resistidos. 4.5. Neste sentido, o TST tem o mesmo entendimento, conforme Súmula nº 357, que preconiza: “Contra testemunha que move ação contra a mesma reclamada não há suspeição”. 4.6. Portanto, a prova testemunhal colhida é suficiente para comprovar que, ao contrário do alegado pela recorrente, os cartões de ponto não registravam corretamente a jornada. 4.7. Admito e nego provimento. 5. *Dos danos morais* 5.1. Por fim, insurge-se a recorrente contra a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, em razão de que a autora poderia utilizar o banheiro quantas vezes fossem necessárias, necessitando apenas avisar ao seu superior para que houvesse o desvio das ligações para os demais membros de sua equipe. 5.2. A sentença de origem, condenou a primeira reclamada a pagar indenização por danos morais no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais). 5.3. Em sua inicial, alegou a autora ter sofrido dano moral ao longo do contrato de trabalho, eis que: a)era realizado um método abusivo de avaliação com divulgação dos resultados; b)o uso do banheiro era limitado e c)existia recusa no recebimento de atestados médicos. 5.4. Analisando-se a prova oral produzida, verifica-se que os empregados da primeira reclamada, incluída a reclamante, realmente, só poderiam ir ao banheiro sem autorização durante o intervalo intrajornada. Fora desse período só com autorização do supervisor e que o uso do banheiro poderia não ser autorizado. Da mesma forma, restou comprovado que as avaliações de todos os funcionários eram de conhecimento de todos, já que todos os funcionários as liam e as assinavam, o que gerava brincadeiras entre os colegas de trabalho. 5.5. O controle das necessidades fisiológicas, além de causar absoluto desconforto físico, eleva o nível de stress do trabalhador, acabando com sua tranqüilidade no ambiente de trabalho, já que completamente imprevisíveis são as necessidades fisiológicas. A divulgação dos resultados das avaliações, no âmbito do local de trabalho, permitindo que os colegas tenham acesso inclusive aos insucessos da atividade profissional gera constrangimentos absolutamente desnecessários no ambiente de trabalho. 5.6. Tal prática perpetrada pela primeira reclamada demonstra quão desimportantes são para ela os valores íntimos de seus empregados. 5.7. Assim, estando presente o ato ilícito praticado pela primeira reclamada e o nexos causal, devida é a indenização. 5.8. No tocante ao valor da indenização arbitrado pelo juízo de instrução original no importe de

R\$10.000,00 (dez mil reais), e considerando os valores arbitrados por este Colegiado em outras Reclamações Trabalhistas, temos que o mesmo deve ser mantido, já que não enriquecerá o lesado nem empobrecerá o lesante, apenas fornecerá meios materiais para obtenção de lenitivos para a dor sofrida. 5.9. Ante o exposto, admito e nego provimento. III - *Conclusão* 1. Pelo exposto, admito o recurso interposto pela reclamante e, no mérito, considerando: 1) que as razões recursais a respeito da reforma da sentença em relação ao pedido de diferenças salariais não enfrentam os fundamentos da sentença recorrida; e 2) que a homologação da rescisão ocorreu em prazo superior ao previsto no art. 477 da CLT, sem comprovação de depósito ocorrido em data anterior à homologação da rescisão; *dou-lhe provimento parcial*, para condenar a primeira reclamada ao pagamento da multa prevista no art. 477 da CLT, conforme item “10” do rol de pedidos da inicial. 2. Admito o recurso interposto pela primeira reclamada e, no mérito, considerando: 1) que se a reclamada não acatou a conciliação judicial aqui sugerida, seria uma violação elementar ao princípio da instrumentalidade do processo aceitar-se a preliminar ofertada que tem por sedimento a falta de tentativa conciliatória extrajudicial; 2) que a quitação e liberação ocorrida no TRCT restringem-se ao valor das parcelas, na forma discriminada no termo rescisório; 3) que o conjunto probatório indica que a autora efetivamente exercia as funções de Operadora de *Telemarketing*, como decidido na sentença de origem; 4) que o fato de ser a testemunha reclamante em outra ação não a torna uma mentirosa comprovada, mas sim atesta o ânimo de vir ao Judiciário buscar interesses que entende resistidos, devendo ser rejeitada a contradita; e 5) que restou comprovada a existência do dano moral alegado na inicial; *nego-lhe provimento*. 3. Determino que a liquidação será realizada observando-se os parâmetros descritos na fundamentação deste acórdão. (TRT1 - 10ª Turma - Rel. Ricardo Damião Areosa - 0186100-08.2007.5.01.0247 - 1º/7/2010).

45. I - Recurso da primeira reclamada. 1. Da dialeticidade recursal 1.1. Adotado no ordenamento jurídico pátrio o princípio da dialeticidade recursal, segundo o qual os recursos devem evidenciar os motivos de fato e direito da reforma da decisão recorrida, conforme artigos 514, inciso II e 524, inciso I, ambos do CPC, e a já mencionada Súmula de nº 422, o ataque à decisão recorrida constitui exigência recursal. 1.2. Nesse contexto, a atuação deste órgão revisor encontra-se necessariamente adstrita ao confronto dos fundamentos lançados na decisão recorrida com os motivos de fato e de direito que ensejam o pedido de reforma. 1.3. No caso em debate, a sentença inquinada acolheu o pleito de jornada suplementar, ao fundamento de que, além de ter sido alegado em contestação aumento de pausas durante a jornada de trabalho da obreira, configurando alteração prejudicial, a ora primeira reclamada deixou de trazer aos autos os controles de frequência, apesar de intimada para tanto, em razão do que aplicou as penas do artigo 359 do CPC, considerando verídica a jornada posta na exordial. 1.4. Não obstante isso, em razões recursais, a primeira reclamada, argumenta que, restou provado que todas as extraordinárias prestadas foram devidamente quitadas; que a jornada cumprida era de 6 horas, com intervalo de 15 minutos, passando, posteriormente a trabalhar 6 horas e 20 minutos, com dois intervalos de vinte minutos diários, por força do anexo II da NR 17 e que o parágrafo 2º do artigo 71 da CLT determina que os intervalos e alimentação não são computados na duração do trabalho, tese que não guarda relação com as razões de decidir utilizadas na sentença inquinada quanto ao tema. 1.5. Dessarte, deixando de cumprir requisito indispensável ao conhecimento de seu apelo, não atacando os fundamentos da decisão inquinada, não admito o recurso ordinário interposto pela segunda reclamada, por haver desconexidade entre a sentença hostilizada e as razões recursais, ou seja, falta de dialeticidade recursal. 1.6.

Admito-o, todavia, quanto ao reconhecimento da função de operadora de *telemarketing*, por preenchidos os requisitos de admissibilidade e seus aspectos formais. 2 - *Do reconhecimento da função de operadora de telemarketing*. 2.1. A reclamante, em sede inicial, noticiou que, não obstante anotada a função de Atendente em sua CTPS, exercia, de fato, as funções de operadora de *telemarketing*. Com intuito de demonstrar suas assertivas, colacionou aos autos cópia da RAIS, na qual o código referente à autora é o de “operador de *telemarketing* receptivo (422315). 2.2. A ora recorrente, em contestação, transcreve o conceito disposto na Classificação Brasileira de Ocupações, nos quais sob o código 4223-15 consta “operador de *telemarketing* receptivo”, nos exatos moldes dos documentos jungidos pela obreira e acima mencionados. Esclareceu, ademais, a contestante que, “essa classificação condiciona as atividades de operador de *telemarketing* às realizações de captação, retenção e recuperação de clientes, o que não é o caso da reclamante”. Nada mencionou nessa ocasião quanto às cópias da RAIS trazidas pela reclamante. 2.3. Assim, além de não ter sido produzida qualquer outra prova quanto à verdadeira função exercida pela autora, os documentos comprobatórios das alegações iniciais não foram impugnados em defesa, resultando, inclusive, inovatória a tese trazida em sede recursal e, portanto, preclusa a oportunidade de apresentá-la. 2.4. Dessarte, comprovando a obreira que sua empregadora, não obstante apondo a função de Atendente em sua CTPS a considerava operadora de *telemarketing*, o reconhecimento de sua real função é medida que se impunha. 2.5. Ante o exposto, admito e *nego provimento*. II - *Recurso da reclamante* 1. *Das diferenças salariais* 1. Quanto à aplicação dos pisos estabelecidos na legislação estadual, a decisão recorrida julgou improcedente o pedido, sob fundamento de que os acordos coletivos firmados por sua empregadora estabelecem piso salarial para a função de operador de *telemarketing*, o que obsta a aplicação da norma pretendida, por expressa vedação contida no artigo 1º. 2. Em que pesem os fundamentos postos na sentença e cingindo-se o inconformismo obreiro ao deferimento de diferenças entre os valores recebidos e aqueles constantes na legislação estadual a título de salário mínimo, tenho que prospera a pretensão. 3. Consoante se observa das normas coletivas jungidas aos autos pela primeira reclamada, empregadora da autora, há estabelecimento de piso salarial. Contudo, a função de operador de *telemarketing* não está elencada, entendendo a sentença recorrida que esta se inclui no item II de mencionada cláusula. 4. A par de inaplicável esta norma na função ora reconhecida à autora, por ausente pedido inicial neste sentido, a ilação que se extrai desta cláusula normativa é a de que não é expresso o estabelecimento de piso normativo para a função de operador de *telemarketing*. Refira-se, por oportuno, que sequer aplicável à reclamante a hipótese retratada no inciso III de mencionada norma, que preconiza o piso de função equivalente existente nos quadros da tomadora, uma vez que esta asseriu em defesa não possuir empregados exercendo as mesmas funções da autora. 5. Por outro lado, as Leis Estaduais que estabelecem o salário mínimo, são expressas ao dispor em seu artigo 1º que serão aplicáveis os pisos quando este inexistir em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho, estabelecendo piso especificamente para a função de operador de *telemarketing* (586,58) a partir de 1º de Janeiro de 2009. 6. Diante disso e considerando o Princípio *in dubio pro operario*, vigente nesta Especializada, entendo que não se configurou a hipótese disposta no artigo mencionado no parágrafo anterior, fazendo jus a reclamante às diferenças entre o salário recebido e aquele disposto na legislação estadual referente ao salário mínimo no Estado do Rio de Janeiro. 7. Ante o exposto, admito e *dou provimento* ao recurso obreiro, para reconhecer que a autora faz jus o salário mínimo estabelecido para operadores de *telemarketing* consoante a legislação do Estado do Rio de

Janeiro, Lei 5.357/08, Lei 5.168/07, 4.686/05 condenar as reclamadas, a segunda de forma subsidiária, a pagarem à reclamante as diferenças apuradas entre este o salário pago, por todo o interregno contratual, com os reflexos postulados, julgando procedente o pedido sucessivo formulado no item “d” da inicial. III - *Conclusão* 1. Ante o exposto, não admito o recurso ordinário proposto pela primeira reclamada por falta de dialeticidade recursal. 1a. Todavia, admito-o quanto ao pleito de reconhecimento de que a reclamante atuava, de fato, na função de operadora de telemarketing e, considerando que a obreira comprovou por meio de cópia da RAIS que sua empregadora assim a considerava, sem que as rés tenham produzido qualquer prova apta a elidir este documento, restando preclusa a tese adotada em razões de recurso quanto à veracidade deste, por inovatória, *nego-lhe provimento*. 2. Admito, outrossim, o recurso ordinário interposto pela obreira e, considerando que: a) as normas coletivas regiam as relações com sua empregadora não estabelecem, de forma expressa, piso salarial para os exercentes da função de operador de telemarketing; b) esta constatação afasta o óbice existente na legislação estadual para aplicação do salário mínimo do Estado do Rio de Janeiro para os operadores de telemarketing, *dou-lhe provimento*, para reconhecer que a autora faz jus o salário mínimo estabelecido para operadores de telemarketing consoante a legislação do Estado do Rio de Janeiro, Lei 5.357/08, Lei 5.168/07, 4.686/05 condenar as reclamadas, a segunda de forma subsidiária, a pagarem à reclamante as diferenças apuradas entre este o salário pago, por todo o interregno contratual, com os reflexos postulados, julgando procedente o pedido sucessivo formulado no item “d” da inicial. 3. Quando da realização dos cálculos de liquidação, determino que sejam observados os critérios de cálculo constantes no item “4” da fundamentação. (TRT1 - 10ª Turma - Rel. Ricardo Damião Areosa - 0121900-66.2009.5.01.0038 - 22/7/2010).

46. Recurso ordinário. Convenções coletivas. A atividade da recorrente era de operadora de telemarketing receptivo, ou seja, que mantém contato com clientes da empresa (que contratou sua empregadora) para prestar esclarecimentos. Tal atividade está explicitada na NR-17, anexo II, em seu item 1 e subitens 1.1 e 1.1.2. A recorrida estava sim representada nas convenções coletivas colacionadas, através do respectivo sindicato patronal. Assim, devidas as diferenças salariais, devendo-se observar os pisos previstos para as operadoras de telemarketing e deduzir o que já recebido. Tais diferenças repercutem em horas extras aviso prévio, férias com o terço, 13º salários e FGTS com 40%. Recurso provido. (TRT1 - 5ª Turma- Rel. Bruno Losada Albuquerque Lopes - 0146800-08.2008.5.01.0246 - 25/3/2010).

1.6.1.1 Piso Salarial

47. Diferenças salariais. Norma coletiva mais favorável. Prevalência. O princípio de aplicação da norma mais favorável ao empregado, inculcado no art. 7º da Lei Maior e *caput* do art. 620 da CLT, determina a prevalência do piso salarial previsto na convenção coletiva adunada aos autos. (TRT1 - 7ª Turma - Rel. Rosana Salim Villela Travesedo - 0018100-51.2007.5.01.0051 - 26/7/2010).

1.7 Rescisão do Contrato de Trabalho

1.7.1 Reintegração/Readmissão ou Indenização

1.7.1.1 Estabilidade Acidentária

48. *Estabilidade provisória. Lei nº 8.213/91. Doença do trabalho. LER. Empresa de telemarketing. Nexo técnico epidemiológico. Art. 21-A da Lei nº 8.213/1991.* Presume-se a ocorrência de acidente do trabalho, mesmo sem a emissão da CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho), quando houver nexo técnico epidemiológico, isto é, a identificação de que a doença está diretamente relacionada com a atividade profissional, conforme determina o art. 21-A da L.nº 8.213/1991. A referida presunção legal é *juris tantum*, podendo o empregador se desobrigar do pagamento de indenização, caso comprove a existência de alguma excludente de responsabilidade civil (demonstração de que a doença foi adquirida por culpa exclusiva da vítima, pré-disposições genéticas do obreiro, força maior ou fato de terceiro). (TRT1 - 7ª Turma-Rel. José Geraldo da Fonseca - 0055500-83.2007.5.01.0024 - 16/4/2010).

1.8 Responsabilidade Civil do Empregador/Empregado

1.8.1 Indenização por Dano Moral

49. 1) Recurso da 1ª acionada. *Contax. Acordo coletivo e convenção coletiva de trabalho.* Como corolário do princípio da norma mais favorável e do reconhecimento do exercício da função de operadora de telemarketing, restam aplicáveis as normas previstas na CCT, rejeitando-se, pois, aplicação das normas coletivas fixadas no ACT. Recurso desprovido. 2) Recurso da acionante. *Dano moral. Desarrazoado critério de utilização do banheiro. Situação de humilhação e constrangimento comprovada.* A limitação e critérios para utilização do banheiro é medida mais que necessária num ambiente em que trabalham dezenas de pessoas, no atendimento ao clientes através de ligações telefônicas. Pode-se imaginar o que ocorreria neste ambiente e noutros, como numa linha de produção, se os empregados pudessem aleatoriamente ausentar-se do seu posto para ir ao banheiro. O que não pode é haver excesso da empresa ao proibir indiscriminadamente o acesso ao banheiro, quando o empregado solicita, em razão da urgência fisiológica. E restou comprovado que a utilização do banheiro fora do intervalo de lanche ou de 5 minutos durante a jornada era passível de vedação e advertência, o que extrapola o poder diretivo da empresa, atingindo a honra subjetiva dos empregados. Como dito em outros casos semelhantes, o reexame do quadro fático-probatório parece remontar o Brasil escravagista, em que a acionante seria a cativa, a acionada o amo, e a supervisora, a temida feitora impondo os métodos de tortura e submissão. Recurso parcialmente provido. (TRT1 - 5ª Turma - Rel. Bruno Losada Albuquerque Lopes - 0123300-75.2007.5.01.0074 - 08/02/2010).

50. A imposição ao empregado de obter autorização do empregador para o uso do banheiro caracteriza inaceitável restrição a acarretar dano moral, que também se dá pelo fato de a empresa promover a divulgação da avaliação negativa da produtividade dos seus funcionários, ensejando o pagamento da indenização para a reparação das respectivas lesões (TRT1 - 6ª Turma - Rel. Theocrito Borges dos Santos Filho - 0068900-18.2008.5.01.0029 - 24/6/2010).

51. A limitação das oportunidades e do tempo de uso do sanitário pelos funcionários pode, em determinados casos, submeter os trabalhadores a situação humilhante, constrangedora e vexatória. Porém, tal só ocorre quando o controle respectivo excede os limites do poder diretivo patronal e há grave ofensa a direitos da personalidade, como a intimidade e a vida privada. Sem prova de que houvesse impedimento absoluto de uso fora de intervalos, mas apenas autorização da supervisão imediata, improcede o pedido de reparação por dano moral. (TRT1 - 3ª Turma - Rel. Jorge Fernando Gonçalves da Fonte - 0079200-06.2008.5.01.0040 - 27/9/2010).

52. A restrição das oportunidades de uso e do tempo empregado pelo trabalhador nas instalações sanitárias durante a jornada excede os limites do poder diretivo patronal, porque viola direito à intimidade e à privacidade, previsto constitucionalmente (inciso X do art. 5º), impondo-lhe situação humilhante e constrangedora. Recurso da reclamante provido neste aspecto, para deferir-se indenização pelo dano imaterial sofrido. (TRT1 - 3ª Turma - Rel. Jorge Fernando Gonçalves da Fonte - 0140900-30.2007.5.01.0068 - 05/8/2010).

53. *Dano moral. Configuração. Abuso de poder diretivo patronal. Restrição imposta aos empregados à utilização dos banheiros. Indenização devida.* A atitude reiterada e abusiva da empresa de restringir o uso dos banheiros, investe contra a dignidade da pessoa humana, dando azo à reparação vindicada. Apelo autoral parcialmente provido. (TRT1 - 6ª Turma - Rel. Rosana Salim Villela Travesedo - 0067700-88.2008.5.01.0024 - 24/02/2010).

54. *Dano moral. Limitação de ida ao banheiro.* Define-se dano moral como o decorrente de ofensa à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida e à integridade corporal, ou seja, dano moral é aquele que diz respeito a lesões sofridas pela pessoa em seu patrimônio de valores exclusivamente ideais. Assim, entendo que a atitude da recorrida, não só constitui um atentado à dignidade do empregado, como também à sua integridade física. (TRT1 - 8ª Turma - Rel. Ana Maria Soares de Moraes - 0220400-77.2008.5.01.0241 - 06/8/2010).

55. *Dano moral. Aumento da condenação.* Seja pela contestação genérica, seja pela prova oral produzida, há de se reconhecer – além do incidente com o agente químico já reconhecido pelo Juízo de origem – as péssimas condições ambientais de trabalho, e mesmo a restrição abusiva ao uso do banheiro. Recurso da primeira reclamada a que se nega provimento. Recurso do reclamante a que se dá parcial provimento. (TRT1 - 1ª Turma - Rel. Marcos Palacio – 0064000-51.2008.5.01.0074 - 11/5/2010).

56. *Dano moral. Intervalo de banheiro.* Não só não deve o Juízo olvidar aquilo que já constatado em vários outros processos – adquirindo nível de razoável notoriedade –, como a prova testemunhal confirmou a restrição apontada na inicial. Desse modo, resta cabível o pleito indenizatório, porquanto é patente a lesão de cunho moral sofrida pela empregada. (TRT1 - 1ª Turma - Rel. José Nascimento Araujo Netto - 0004700-12.2008.5.01.0058 - 29/4/2010).

57. *Dano moral. Limitação de uso de banheiro. Configuração.* O dano moral representa uma violação à dignidade do indivíduo, a qual engloba os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade. A fixação pelo empregador de qualquer parâmetro para a utilização de banheiro configura lesão extrapatrimonial, uma vez que ofende a honra e a dignidade do empregado. (TRT1 - 10ª Turma - Rel. Marcos Cavalcante - 0089900-22.2009.5.01.0035 - 19/8/2010).

58. Dano moral. Limitação de uso de banheiro. A limitação de tempo no uso de banheiro para satisfazer necessidades fisiológicas já é constrangedor; e, para ida adicional ao banheiro, obrigar pessoas adultas a pedirem licença como se fosse crianças de jardim da infância também é constrangimento. Ofensa ao sentimento íntimo do empregado, sujeita a indenização. (TRT1 - 4ª Turma - Rel. Damir Vrcibradic - 0165700-16.2006.5.01.0244 - 20/7/2010).

59. Dano moral. O ato da empregadora que, abusando de seu poder diretivo, destina tempo certo e reduzido para que seus empregados possam ir ao banheiro é fato suficiente para causar desconforto à vítima, violando-lhe a intimidade, o que configura o dano moral, nos termos do art. 5º, inciso V da CF. (TRT1 - 5ª Turma - Rel. Mirian Lippi Pacheco - 0008300-48.2009.5.01.0012 - 28/7/2010).

60. Dano Moral. Uso do Banheiro. O controle do uso do banheiro encontra-se no âmbito do poder diretivo do empregador, a quem incumbe organizar o modo de execução do contrato, especialmente onde se verifica grande concentração de trabalhadores. (TRT1 - 9ª Turma - Rel. Dalva Amélia de Oliveira - 0007500-71.2008.5.01.0071 - 28/6/2010).

61. Danos morais. Configura dano moral, por violar a intimidade do trabalhador, a prática de controlar, sem nenhuma justificativa, as vezes que levaram o empregado ao *toilette*, durante a jornada de trabalho. (TRT1 - 1ª Turma - Rel. Gustavo Tadeu Alkmim - 0159200-94.2007.5.01.0244 - 12/5/2010).

62. O ato praticado pelo empregador, através de seus prepostos, impedindo o empregado de fazer uso do banheiro para as suas necessidades fisiológicas, inclusive advertindo-o no caso de desobediência no cumprimento da determinação de uso controlado das dependências sanitárias da empresa, caracteriza tratamento desumano e acarreta dano moral na pessoa que justifica a devida reparação através da imposição da respectiva indenização (TRT1 - 6ª Turma - Rel. Theocrito Borges dos Santos Filho - 0027200-91.2007.5.01.0063 - 12/5/2010).

63. O estabelecimento de regras para utilização do banheiro de modo a não afetar o funcionamento normal do empreendimento, se insere no poder diretivo do empregador. Nesse mesmo sentido, a recente decisão da 7ª Turma do C.TST, que realçou não só a necessidade do controle do uso do *toilette* para não inviabilizar a regularidade do serviço, como também que a simples exigência de justificativa para ir ao banheiro fora dos intervalos concedidos não configura dano moral, mas apenas um pequeno incômodo capaz de ser suportado por qualquer pessoa fisiologicamente normal. (TRT1 - 9ª Turma - Rel. Antônio Carlos de Azevedo Rodrigues - 0134300-26.2007.5.01.0057 - 22/7/2010).

64. Operador de telemarketing. Jornada de trabalho de 06 horas e 36 semanais. Ministério do trabalho e emprego. Secretaria de inspeção do trabalho. Portaria nº 09 de 30 de março de 2007. Anexo II da NR-17 "5.3. O tempo de trabalho em efetiva atividade de teleatendimento/telemarketing é de, no máximo, 06 (seis) horas diárias, nele incluídas as pausas, sem prejuízo da remuneração. 5.3.1. A prorrogação do tempo previsto no presente item só será admissível nos termos da legislação, sem prejuízo das pausas previstas neste Anexo, respeitado o limite de 36 (trinta e seis) horas semanais de tempo efetivo em atividade de teleatendimento/telemarketing." Dano moral não configurada. Indenização indevida I - O dano moral corresponde a todo sofrimento humano que não resulte em perda pecuniária, já que diz respeito a lesões de direito estranhas à área patrimonial. A reparação por danos morais exige motivos graves, revestidos de

ilicitude, capaz de trazer sérios prejuízos ao ofendido. II - Na hipótese dos autos, esta relatoria entende que a organização da empresa está dentro do poder diretivo do empregador, cabendo-lhe, por meio do seu supervisor ou um de seus prepostos, estabelecer controle do uso do toailete daqueles empregados que trabalham em *call center* (teleatendimento), a fim de evitar desorganização no local de trabalho. A limitação temporal é medida que se impõe nas atividades que não podem ser interrompidas. Ausência de ofensa à moral do trabalhador. Entretanto, caso haja eventual demora no uso do toailete, o empregador não pode causar prejuízo ao empregado em sua ficha funcional ou folha de ponto. (item 5.7 da Portaria nº 09 de 30 de março de 2007 que aprovou o Anexo II da NR-17 – Trabalho em Teleatendimento/*Telemarketing*) III- A ausência de pausa para que o empregado possa alongar-se durante a jornada compromete sua saúde. Item 5.4 da portaria: “Para prevenir sobrecarga psíquica, muscular estática de pescoço, ombros, dorso e membros superiores, as empresas devem permitir a fruição de pausas de descanso e intervalos para repouso e alimentação aos trabalhadores.” (TRT1 - 7ª Turma - Rel. Evandro Pereira Valadão Lopes - 0102000-62.2008.5.01.0061 - 27/7/2010).

65. Recurso ordinário. Dano moral. Requisitos para sua configuração. Para a configuração do dano moral é necessário que o ato patronal atente contra os direitos da personalidade do empregado, não mensuráveis economicamente, mas atingindo o laborista como cidadão em sua honra, imagem, boa fama ou bom nome, sem prejuízo de impor à parte a demonstração do nexo causal existente entre a alegada lesão e o ato praticado pelo empregador. (TRT1 - 9ª Turma - Rel. José da Fonseca Martins Junior - 0179700-59.2008.5.01.0241 - 23/7/2010).

66. Recurso ordinário da primeira reclamada. Dano moral configurado pelo rígido controle quanto à utilização do banheiro, em violação ao disposto no Anexo II da NR-17. As próprias normas de segurança, higiene e medicina do trabalho (vide o citado Anexo II da NR-17) estabelecem como medidas para um ambiente de trabalho saudável em serviços de *call center*, a não limitação às satisfações das necessidades fisiológicas do trabalhador (item 5.7 da norma citada). **Recurso ordinário da reclamante. Operador de telemarketing.** O *telemarketing* compreende o atendimento ativo e o passivo. O ativo é caracterizado pela atividade de oferta de produtos, enquanto o passivo se constitui no atendimento de reclamações e pedidos, ambos necessários à sustentação comercial do produto ou serviço. **Categoria profissional. Enquadramento sindical.** O enquadramento sindical de um trabalhador ocorre de acordo com a atividade preponderante do seu empregador, ressalvadas as categorias profissionais diferenciadas. Em caso de dúvidas quanto ao enquadramento sindical, há de se perquirir quanto à atividade preponderante do empregador. Considerando-se que restou incontroverso que a autora trabalhava em um *call center*, aplicam-se as normas coletivas vindas com a inicial. (TRT1 - 6ª Turma - Rel. José Antonio Teixeira da Silva - 0135900-75.2007.5.01.0027 - 17/3/2010).

67. Recurso ordinário da reclamante. Dano moral. Operador de telemarketing. A ordem jurídica tutela não apenas bens materiais ou aqueles patrimoniais, mas também aqueles bens de índole moral, bens que, às vezes, são psíquicos, sentimentais, relacionados à esfera íntima, a privacidade da pessoa, como a honra. Não restando comprovada a restrição ao uso do toailete pela primeira reclamada, mantém-se a sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por dano moral com fulcro nessa *causa petendi*. **Recurso ordinário da primeira reclamada. Conflito entre normas trabalhistas. Norma aplicável.** Existindo conflito entre normas trabalhistas, deve ser adotado o princípio da prevalência da norma mais favorável, segundo a qual deve o intérprete escolher, dentre as normas conflitantes, aquela que se afigure

mais benéfica ao trabalhador. A aferição da norma mais benéfica deve seguir a orientação da teoria do conglobamento, ou seja, a norma eleita deve ser mais benéfica em seu conjunto e não ponto a ponto. Inteligência do art. 620 da CLT. (TRT1 - 8ª Turma - Rel. Marcelo Augusto Souto de Oliveira - 0211800-83.2007.5.01.0247 - 08/6/2010).

68. Recurso ordinário. Dano moral. Configuração. Exposição do desempenho funcional dos empregados e restrição ao uso do banheiro. Afronta à dignidade da pessoa humana. Uma vez comprovado que os empregados da reclamada (dentre eles o autor) foram submetidos a um constrangimento desnecessário e injustificável, eis que além da exposição do desempenho funcional, tiveram restrição ao uso do banheiro, configura-se como ato ilícito que ultrapassa os limites do poder diretivo do empregador. Admitir tal postura autoritária e vexatória por parte do empregador seria compactuar com a robotização do ser humano e o desrespeito aos direitos da personalidade (privacidade, intimidade e dignidade), o que não pode ser chancelado por esta Especializada, cuja função é dar validade aos princípios da dignidade e respeito ao trabalhador. É de se ter configurado um efetivo dano de ordem moral, que impõe ao agente responsável pelo prejuízo a devida reparação. (TRT1 - 5ª Turma- Rel. Antonio Carlos Areal – 0251500-21.2006.5.01.0241 - 1º/6/2010).

69. Recurso ordinário. Dano moral. Limitação ao uso do banheiro. Na esfera trabalhista, o dano moral revela-se no excesso, no abuso, no tratamento humilhante sofrido pelo empregado. O empregador não pode ultrapassar o limite do razoável, sobretudo quando a Magna Carta erigiu a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Em assim procedendo, constitui abuso de direito, beirando a conduta da reclamada ao “exercício arbitrário das próprias razões”, ao passo que é garantido ao trabalhador o direito à indenização por dano moral decorrente da sua violação. Evidencia-se o comportamento arbitrário do empregador ao impedir o acesso ao banheiro dos empregados durante a jornada de trabalho, imprimindo prejuízo à sua esfera moral, haja vista o sofrimento físico e moral que experimentam com a restrição às suas necessidades fisiológicas, bem como o comprometimento de sua autoestima com sentimentos íntimos de vexame e constrangimento perante colegas de trabalho e à sociedade em geral. (TRT1 - 10ª Turma - Rel. Flávio Ernesto Rodrigues Silva - 0127000-59.2007.5.01.0074 - 14/4/2010).

1.8.1.1 Acidente de Trabalho

70. Acidente de trabalho. Empregador. Poder de dirigir a prestação de serviços. Dever de propiciar ambiente hígido de trabalho. Sendo do empregador o poder de dirigir a prestação de serviços, é dele também a obrigação de propiciar um ambiente de trabalho hígido, o que inclui treinamento básico dos trabalhadores, inclusive para que mantenham o local da prestação de serviços livre de perigos. Comprovada a culpa da ex-empregadora no acidente de trabalho, uma vez que deixou de observar as normas básicas de segurança e hígidez do ambiente de trabalho, nada há a alterar na r. sentença que condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais. Recurso ordinário a que se nega provimento. (TRT1 - 7ª Turma - Rel. Evandro Pereira Valadão Lopes - 0146200-43.2008.5.01.0001 - 22/7/2010).

1.8.1.2 Assédio Moral

71. Recurso ordinário. Dano decorrente de assédio moral. Telemarketing. Restrição de ida ao banheiro e avaliações negativas. Nada obstante o empregador detenha o poder diretivo e, como tal, esteja autorizado a delimitar os horários de seus empregados, como forma de organização administrativa, de modo que um grande número de operadores não se utilize do banheiro ao mesmo tempo; todavia, não pode estabelecer tempo para utilização, das instalações sanitárias; tampouco em horário pré-determinado. Ademais, verifica-se que nas empresas de *telemarketing* é comum se encontrar um grande número de empregados trabalhando em ambiente fechado, com pouca ventilação, sem banheiros próximos. Assim, levando-se em consideração que o empregado dispõe de 15 minutos para alimentar-se, ir ao banheiro, higienizar-se, descansar e retornar ao posto de serviço, conclui-se caracterizado o desrespeito à higidez física do trabalhador, fato que enseja a condenação por dano moral, considerando-se, inclusive, que o intervalo para repouso e alimentação não é computado como tempo de serviço. (TRT1 - 8ª Turma - Rel. Maria José Aguiar Teixeira Oliveira - 0003100-84.2008.5.01.0080 - 03/3/2010).

1.8.1.3 Atos Discriminatórios

72. Recurso ordinário. Avaliação pública de funcionários. Qualificação negativa. Dano moral. Configuração. Indenização devida. Restou demonstrado que a reclamada não se limitava a dar publicidade aos resultados, mas promovia a exposição de uma relação de todos os funcionários da empresa, mencionando a produtividade de cada profissional, e, em seguida, qualificando-os com o polegar para cima, no caso de bom desempenho, ou com o polegar para baixo, no caso de rendimento insatisfatório. Assim, verifica-se que o dano perpetrado pela reclamada não se consubstancia na mera publicação dos resultados, mas na qualificação pública dos empregados, classificando-os em positivos ou negativos. Tal fato, indubitavelmente, caracteriza abuso, porque configura exercício de direito contra sua normal finalidade, não admitido no nosso ordenamento jurídico, constituindo-se em ato ilícito, violando os direitos do empregado, provocando evidente constrangimento, humilhação, dor e sofrimento, por subjugar o mais fraco e hipossuficiente pela força econômica e pela força decorrente do poder diretivo patronal indevida e ilegalmente utilizadas. (TRT1 - 2ª Turma - Rel. Paulo Marcelo de Miranda Serrano - 0126700-66.2007.5.01.0246 - 03/9/2010).

1.8.2 Indenização por Dano Moral.

73. Dano moral. Divulgação de avaliação de desempenho. Quadro atitude. Indenização devida. Intervalo de 15 minutos antes do início da sobrejornada. Art. 384 da CLT recepcionado pela CF/88. Negativa de concessão deste intervalo, transforma-o em hora extra trabalhada. (TRT1 - 6ª Turma - Rel. Alexandre de Souza Agra Belmonte - 0216800-64.2007.5.01.0247 - 11/01/2010).

74. Limitação de acesso ao sanitário do operador de telemarketing. Advertência quando tal uso extrapolasse 5 minutos. Pequeno número de sanitários disponibilizados. Constrangimento e humilhação caracterizado, dano moral existente. Recurso da ré que se acolhe parcialmente, para ajustar o valor da indenização fixada. (TRT1 - 6ª Turma - Rel. Alexandre de Souza Agra Belmonte - 0076500-11.2007.5.01.0002 - 05/7/2010).

75. *Limite de acesso ao sanitário. Controle de acesso com sistema de pontuação. Assédio moral caracterizado. Indenização por dano moral mantida.* (TRT1 - 6ª Turma - Rel. Alexandre de Souza Agra Belmonte - 0071300-33.2008.5.01.0246 - 03/9/2010).

1.9 Responsabilidade Solidária/Subsidiária

76. I - *Da responsabilidade subsidiária da segunda reclamada* 1. Recorre ordinariamente a primeira reclamada pretendendo afastar a responsabilidade subsidiária da segunda reclamada em razão da inexistência de previsão legal ou contratual neste sentido. 2. Analisando-se a sentença de origem, verifica-se que a condenação subsidiária foi imposta à segunda reclamada e não à ora recorrente. Desta forma, falece à ora recorrente o interesse recursal para obter a reforma da sentença, bem como não possui legitimidade para pleitear em nome da segunda reclamada. 3. Admito e nego provimento. II - *Da retificação da CTPS. Função da autora.* 1. Sustenta a recorrente que deve ser reformada a sentença que deferiu a retificação da função da autora de Representante de Serviços para Operadora de *Telemarketing*, tendo em vista que a autora não desempenhava funções relativas a esta categoria. 2. Na inicial, a autora alegou que, não obstante constar em sua CTPS a função de Representante de Serviços, na prática exercia a função de Operadora de *Telemarketing*. 3. Verifica-se que a reclamada não indicou quais seriam as atribuições da função de Representante de Serviços, a fim de que o julgador pudesse apurar a extensão dos afazeres da autora e, assim, compará-los com as funções de Operadora de *Telemarketing*. 4. A prova testemunhal informou que tanto ela quanto a reclamante exerciam suas funções usando equipamentos como o head-set e computador. Desta forma, temos que a pretensão da autora é embasada em funções que diz ter exercido como “Operadora de *Telemarketing*”, e as suas atividades se coadunam com essa categoria. 5. O fato de a reclamada ter colocado na CTPS da autora uma função que sequer existe na Convenção Coletiva ou na Classificação Brasileira de Ocupações, somente reforça a tese de fraude no contrato de trabalho. 6. Por todo o exposto, temos que o conjunto probatório indica que a autora efetivamente exercia as funções de Operadora de *Telemarketing*, como decidido na sentença de origem. 7. Admito e nego provimento. III - *Da aplicação da convenção coletiva.* 1. Alega a recorrente que deve ser reformada a decisão que deferiu a aplicação da Convenção Coletiva em detrimento do Acordo Coletivo celebrado com o SINTTEL, eis que este última se trata de norma específica que se sobrepõe à norma genérica, privilegiando a flexibilização. 2. Incontroverso nos autos que a autora estava filiada ao SINTTEL, conforme se verifica pelo próprio carimbo deste Sindicato em seu TRCT. A discussão levantada desde o início da contenda refere-se à aplicação da Convenção Coletiva em prol do Acordo Coletivo firmado entre a primeira ré e o Sindicato dos Empregados, sendo certo que este Julgador entende que deve-se ater à literalidade do artigo 620 da CLT para solução do litígio. O art. 620, da CLT, dispõe em seu *caput* que as condições estabelecidas em convenções coletivas, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordos Coletivos. 3. Verifica-se, de plano, que o dispositivo celetário fala em condições no plural, o que leva ineludivelmente à conclusão de que o legislador não se afastou da teoria do conglobamento, segundo a qual cada instrumento normativo deve ser considerado no seu todo, e não cláusula a cláusula isoladamente. O fundamento racional da teoria está no fato de que as condições de trabalho estatuídas em instrumento normativo são objeto de negociação global, na qual determinada vantagem é concedida pela empresa ou sindicato patronal como compensação pela não-inclusão de outra, de tal forma que o conjunto das condições de trabalho e

remuneração passam a ser aceitáveis por ambas as partes. 4. Pinçar isoladamente, de instrumentos normativos diversos, as cláusulas mais benéficas para o empregado ou reputar inválidas cláusulas flexibilizadoras de direitos concernentes a remuneração ou jornada (passíveis de flexibilização, na esteira do art. 7º, VI, XIII e XIV, da Constituição Federal), olvidando que a cláusula vantajosa ou desvantajosa para o empregado somente é instituída em face de compensação com outras vantagens ou desvantagens, seria quebrar o equilíbrio negocial, desestimulando a concessão de vantagens alternativas, desconsideradas em face do que se consubstanciaria em superlativo protecionismo por parte do Estado-Juiz. 5. Quanto à Teoria do Conglobamento, mister esclarecer que a sua aplicação está adstrita à comparação de todos os pontos da CCT e do ACT. A norma contida no artigo 620 da CLT é expressa quanto à prevalência das condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, àquelas estipuladas em acordo coletivo. 6. Da análise das normas coletivas em questão, evidente que a Convenção Coletiva é mais benéfica à autora. Sendo assim, serão aplicáveis à reclamante todas as normas coletivas constantes da Convenção Coletiva, como deferido pelo juízo de origem. 7. Também cumpre destacar que as argumentações da recorrente de que o Acordo seria muito mais benéfico que a Convenção são extremamente genéricas, eis que não discrimina quais cláusulas e valores seriam mais vantajosos para a reclamante. 8. Admito e nego provimento. IV - *Da pausa de 10 minutos a cada 50 minutos trabalhados*. 1. Aduz a recorrente que deve ser excluído da condenação o pagamento, como hora suplementar, da pausa de 10 (dez) minutos a cada 50 (cinquenta) trabalhados, tendo em vista que não há que se falar em aplicação da Convenção Coletiva. 2. Com relação à pausa de 10 minutos, razão não assiste à recorrente. Veja-se que, em contestação, a ré restringiu-se a refutar a pretensão sob argumento de somente ser devido esse interregno aos digitadores, função não exercida pelo obreiro. 3. Todavia, a norma coletiva na qual o autor ampara sua pretensão, acolhida como instrumento aplicável ao obreiro neste acórdão, em momento algum faz esta ressalva. 4. Além de não ter sido negado pela ré que a autora se enquadrasse nesta situação (utilização de audífone e terminal de vídeo de forma permanente e ininterrupta), observa-se que a CCT em análise, em sua cláusula 9ª, estabelece a jornada de 36 horas para telefonistas e assemelhados, nos termos do artigo 227 da CLT. Devidas, assim, horas extras pela supressão de pausa de 10 minutos a cada 50 minutos trabalhados, acrescido de adicional legal e repercussão nas demais verbas, conforme decidido pelo juízo de origem. 5. Admito e nego provimento. V - *Da jornada suplementar*. 1. Sustenta a recorrente que deve ser excluído da condenação o pagamento de jornada suplementar, em razão do fato de que nas ocasiões nas quais a autora teria exercido labor extraordinário, tais horas teriam sido devidamente lançadas em sua folha de ponto e quitadas/compensadas. 2. Em sua inicial, a autora alegou que era obrigada a se apresentar trinta minutos antes, ou laborar trinta minutos após, uma vez por semana, em virtude de reuniões ou palestras. 3. Na contestação, a ora recorrente alegou que a jornada laborada era anotada nos cartões de ponto. 4. A prova testemunhal colhida confirmou a existência de reuniões diárias, individuais, com duração de até 30 (trinta) minutos, antes ou depois da jornada, em horários não registrados nos cartões de ponto. 5. Admito e nego provimento. VI - *Dos danos morais*. 1. Afirma a recorrente que deve ser reformada a decisão que condenou a primeira reclamada ao pagamento de danos morais, eis que não restou comprovado qualquer dano à honra ou imagem da reclamante, estando incontroverso a liberdade do empregado para utilizar o banheiro. 2. Em sua inicial, alegou a autora ter sofrido dano moral ao longo do contrato de trabalho, eis que: a) era realizado um método abusivo de avaliação com divulgação dos resultados; e b) o uso do banheiro era

limitado. 3. Analisando-se a prova oral produzida, verifica-se que os empregados da primeira reclamada, incluída a reclamante, realmente, só poderiam ir ao banheiro sem autorização durante o intervalo intrajornada. Fora desse período só com autorização do supervisor e que o uso do banheiro uma segunda vez era alvo de advertências. Da mesma forma, restou comprovado que as avaliações de todos os funcionários eram de conhecimento de todos. 4. O controle das necessidades fisiológicas, além de causar absoluto desconforto físico, eleva o nível de stress do trabalhador, acabando com sua tranqüilidade no ambiente de trabalho, já que completamente imprevisíveis são as necessidades fisiológicas. A divulgação dos resultados das avaliações, no âmbito do local de trabalho, permitindo que os colegas tenham acesso inclusive aos insucessos da atividade profissional gera constrangimentos absolutamente desnecessários no ambiente de trabalho. 5. Tal prática perpetrada pela primeira reclamada demonstra quão desimportantes são para ela os valores íntimos de seus empregados. 6. Assim, estando presente o ato ilícito praticado pela primeira reclamada e o nexos causal, devida é a indenização. 7. Ante o exposto, admito e nego provimento. VII - *Da multa do art. 477 da CLT* 1. Alega a recorrente que deve ser afastada a condenação ao pagamento da multa do art. 477 da CLT, em razão de que as verbas do distrato teriam sido pagas tempestivamente, conforme entendimento à época da dispensa. 2. Incontroverso nos autos que a dispensa da autora ocorreu em 12/01/2007. O Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho, acostado pela ré, demonstra que a rescisão somente foi homologada após o prazo de 10 (dez) dias previsto no art. 477 da CLT. 3. Apesar dos argumentos da reclamada, não há qualquer prova de que tenha sido efetuado qualquer depósito em favor da autora em data anterior à data da homologação da rescisão. 4. Admito e nego provimento. VIII - *Da multa do art. 475-J do CPC* 1. Por fim, insurge-se a recorrente contra a aplicação da multa do art. 475-J do CPC na execução, eis que tal dispositivo seria inaplicável na Justiça do Trabalho. 2. O Código de Processo Civil, subsidiariamente aplicável ao Processo do Trabalho, por força do artigo 769 da CLT, consagra em seu artigo 475-J que: “Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento da quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do devedor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação”. 3. Portanto, a existência de preceituação expressa permite ao juízo de origem impor a referida multa à parte. Ressalte-se que antes do mandado de citação, penhora e avaliação, deve o juiz intimar o executado para pagar, em 15 dias, sob as penas do art. 475-J, ou seja, com acréscimo de 10%, exatamente como realizado na decisão de origem. 4. Saliente-se, ainda, que no Direito Processual Trabalhista, a execução é tratada especificamente pela CLT, nos artigos 876 a 892. Por outro lado, entendemos que a pena aqui mencionada (artigo 475-J do CPC) é perfeitamente compatível com o Processo do Trabalho, pois é muito mais adequada aos direitos de natureza alimentar que aos da relação civil das partes na Justiça Comum. 5. O nível de inadimplência e retardamento dos pagamentos dos direitos trabalhistas devidos aos empregados brasileiros é assustador, como se verifica facilmente pelo número crescente de reclamações trabalhistas ajuizadas junto ao Poder Judiciário. Tornou-se comum negligenciar-se os haveres trabalhistas, de natureza alimentar. 6. E, neste aspecto, cabe diferenciar-se o que é comum do que é normal. Normal é o que se espera do senso cotidiano, baseado na ética e no exercício da cidadania. Comum é o que se faz repetidamente, ainda que se desrespeitando as normas de convívio social. Comportamento normal seria o empregador efetuar corretamente o pagamento dos direitos de seu trabalhador ou, ainda, que o empregador, ao ser notificado de uma condenação judicial, efetuasse

imediatamente o pagamento devido. Entretanto, a atitude comum que se verifica é justamente a contrária. O empregador busca de todas as formas retardar ou se desvencilhar do pagamento devido, valendo-se de todos os artifícios possíveis. E é justamente contra esta prática comum e danosa que mancha a sociedade, que o legislador impõe as normas que se destinam a amparar o interesse do ente social. 7. Portanto, conferindo-se uma interpretação teleológica aos artigos 769 e 889 da CLT, e amparado pelo princípio da duração razoável e célere do processo, previsto no inciso LXXVIII, da Constituição Federal, temos que o art. 475-J é perfeitamente aplicável no Processo Trabalhista. 8. Admito e nego provimento. IX - CONCLUSÃO 1. Pelo exposto, admito o recurso interposto pela primeira reclamada e, no mérito, considerando: 1) que a primeira recorrente não possui legitimidade ou interesse recursal para pleitear a reforma da condenação que a ela não foi aplicada; 2) que o conjunto probatório indica que a autora efetivamente exercia as funções de Operadora de *Telemarketing*, como decidido na sentença de origem; 3) que a norma contida no artigo 620 da CLT é expressa quanto à prevalência das condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, àquelas estipuladas em acordo coletivo; 4) que além de não ter sido negado pela ré que a autora se enquadrasse na situação de utilização de audífono e terminal de vídeo de forma permanente e ininterrupta, observa-se que a Convenção Coletiva em análise estabelece a jornada de 36 horas para telefonistas e assemelhados, nos termos do artigo 227 da CLT; 5) que o conjunto probatório produzido comprovou a existência de períodos à disposição do empregador que não eram registrados nos cartões de ponto; 6) que restou comprovada a existência do dano moral alegado na inicial; 7) que as verbas rescisórias não foram pagas no prazo previsto no art. 477 da CLT; e 8) que a aplicação subsidiária do artigo 475-J do CPC atende às garantias constitucionais da razoável duração do processo, efetividade e celeridade, tendo, portanto, pleno cabimento na execução trabalhista; *nego-lhe provimento*. 2. Determino que a liquidação será realizada observando-se os parâmetros descritos na fundamentação deste acórdão. Vistos, relatados e discutidos os autos do Recurso Ordinário, em que são partes: TNL CONTAX S/A (assistida pelo ilustre advogado Dr. Adelmo da Silva Emerenciano, OAB/RJ - 2.462/A) como recorrente, e 1) TNL PCS S/A (assistida pela ilustre advogada Dra. Cláudia Vaz Ximenes, OAB/RJ - 69.412/D) e 2) Rosana Gonçalves Dias Paiva (assistida pelo ilustre advogado Dr. Paulo Afonso Pinheiro Ribeiro, OAB/RJ - 30.611/D), como recorridas. I - *Relatório* 1. Inconformada com a decisão proferida pela 4ª VT/Niterói, a fls. 355/364, da lavra da Juíza Márcia Cristina T. Cardoso, que julgou os pedidos *procedentes em parte*, recorre ordinariamente a primeira reclamada a fls. 379/409. 2. Trata-se de Reclamação Trabalhista ajuizada em 13/04/2007 em face de TNL CONTAX S/A (primeira reclamada) e TNL PCS S/A (segunda reclamada), na qual a autora afirma ter sido admitida pela primeira reclamada em 20/09/2005, para exercer a função de Operadora de *Telemarketing* para a segunda reclamada, muito embora tenha sido anotada a função de Representante de Serviços, em tentativa de mascarar sua real função, sendo dispensada sem justo motivo em 12/01/2007. Requereu a condenação subsidiária da segunda reclamada, indenização por dano moral, retificação da CTPS, diferenças salariais, FGTS mais multa de 40%, horas extras e suas repercussões, pagamento em forma de hora extra referente aos 10 minutos de descanso a cada 50 minutos trabalhados, indenização do seguro-desemprego, multas dos arts. 467 e 477 da CLT e honorários advocatícios. 3. Defesa da primeira reclamada (TNL CONTAX) a fls. 136/183, suscitando a extinção do feito por ausência de submissão da demanda perante Comissão de

Conciliação Prévia, aplicação da Súmula nº 330 do TST, impossibilidade jurídica do pedido, e a ilegitimidade passiva da segunda reclamada. No mérito, requereu a improcedência dos pedidos. 4. Contestação da segunda reclamada (TNL PCS) a fls. 239/255, arguindo a inexistência de responsabilidade subsidiária e a improcedência dos pedidos. 5. Colhido o depoimento pessoal da autora, bem como foram ouvidas duas testemunhas, uma de cada parte, vide fls. 345/353. Rejeitadas as propostas conciliatórias. Sem outras provas, encerrou-se a instrução processual. 6. Sentença a fls. 355/364, deferindo parcialmente os pedidos. Foram deferidos os pedidos de responsabilidade subsidiária da segunda reclamada, retificação da CTPS, diferenças salariais, FGTS mais multa de 40%, seguro-desemprego, horas extras e suas repercussões, intervalo de dez minutos a cada cinquenta minutos trabalhados, multa do art. 477 da CLT e indenização por dano moral no valor de 10 (dez) vezes a maior remuneração da reclamante. Foram indeferidos os pedidos de multa do art. 467 da CLT e honorários advocatícios. 7. Recorre ordinariamente a primeira reclamada (TNL CONTAX), pretendendo afastar a responsabilidade subsidiária da segunda reclamada em razão da inexistência de previsão legal ou contratual neste sentido. 8. Sustenta a recorrente que deve ser reformada a sentença que deferiu a retificação da função da autora de Representante de Serviços para Operadora de *Telemarketing*, tendo em vista que a autora não desempenhava funções relativas a esta categoria. 9. Alega a recorrente que deve ser reformada a decisão que deferiu a aplicação da Convenção Coletiva em detrimento do Acordo Coletivo celebrado com o SINTTEL, eis que este última se trata de norma específica que se sobrepõe à norma genérica, privilegiando a flexibilização. 10. Aduz a recorrente que deve ser excluído da condenação o pagamento, como hora suplementar, da pausa de 10 (dez) minutos a cada 50 (cinquenta) trabalhados, tendo em vista que não há que se falar em aplicação da Convenção Coletiva. 11. Sustenta a recorrente que deve ser excluído da condenação o pagamento de jornada suplementar, em razão do fato de que nas ocasiões nas quais a autora teria exercido labor extraordinário, tais horas teriam sido devidamente lançadas em sua folha de ponto e quitadas/compensadas. 12. Afirma a recorrente que deve ser reformada a decisão que condenou a primeira reclamada ao pagamento de danos morais, eis que não restou comprovado qualquer dano à honra ou imagem da reclamante, estando incontroverso a liberdade do empregado para utilizar o banheiro. 13. Alega a recorrente que deve ser afastada a condenação ao pagamento da multa do art. 477 da CLT, em razão de que as verbas do distrato teriam sido pagas tempestivamente, conforme entendimento à época da dispensa. 14. Por fim, insurge-se a recorrente contra a aplicação da multa do art. 475-J do CPC na execução, eis que tal dispositivo seria inaplicável na Justiça do Trabalho. 15. Depósito recursal e custas pagos a fls. 381/382. 16. Contra-razões da reclamante a fls. 419/430. 17. Manifestação do Ministério Público do Trabalho a fls. 434, da lavra da ilustre Procuradora Inês Pedrosa de Andrade Figueira, opinando pelo regular prosseguimento do feito. (TRT1 - 10ª Turma- Rel. Ricardo Damião Areosa - 0067700-44.2007.5.01.0244 - 08/7/2010).

1.9.1 Tomador de Serviços/Terceirização

77. 1. Terceirização ilícita. Nulidade da contratação. 2. Dano moral. Limitação de uso de banheiro. Configuração. 1. A contratação de trabalhadores, por intermédio de empresa interposta, para prestação de serviços em atividade inserida na área de atuação-fim da empresa tomadora configura-se terceirização ilícita, o que é vedado. 2. O dano moral representa uma violação à dignidade do indivíduo, a qual engloba os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade. A fixação pelo empregador de qualquer parâmetro para a utilização de banheiro

configura lesão extrapatrimonial, uma vez que ofende a honra e a dignidade do empregado. (TRT1 - 10ª Turma - Rel. Marcos Cavalcante - 0148700-15.2007.5.01.0067 - 1º/3/2010).

78. A Súmula n. 331 do Colendo TST nada de novo introduz na apreciação dos ditames legais pertinentes à matéria relativa às relações de trabalho que se estabelecem quando entra em cena a figura da chamada empresa prestadora de serviços, lastimavelmente cada vez mais frequente no dia a dia de certos misteres, que por óbvio são imprescindíveis à consecução das mais variadas atividades empresariais, apesar de não se atrelarem à atividade-fim dos tomadores destes serviços. (TRT1 - 9ª Turma - Rel. Antônio Carlos de Azevedo Rodrigues - 0066400-88.2008.5.01.0025 - 22/7/2010).

79. *Atendente de telemarketing. Terceirização lícita. Súmula 331 do TST.* Os serviços realizados pelo laborista, assim, são compatíveis com o objeto social da 1ª ré, portanto, plenamente aplicável ao caso a Súmula 331, inciso III, do TST. (TRT1 - 10ª Turma - Rel. Paulo Roberto Capanema da Fonseca - 0055700-48.2006.5.01.0017 - 22/02/2010).

80. *Cooperativa. Nulidade. Vínculo de emprego formado direto com o tomador de serviços. Inteligência do inciso I, da súmula 331, TST.* A sociedade cooperativa se caracteriza pela união de pessoas que, por meio de esforços mútuos, contribuem com bens ou serviços para o desempenho de uma atividade comum, com um fim econômico, mas não lucrativo, em benefício de todos os integrantes. Comprovado o desvirtuamento de sua finalidade com o fornecimento de mão de obra por meio de contrato de prestação de serviços onde há a subordinação do associado a regras e horários, impõe-se a declaração de nulidade do contrato de associação, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços. (TRT1 - 6ª Turma - Rel. José Antonio Teixeira da Silva - 0140700-15.2007.5.01.0006 - 28/7/2010).

81. *Financeira. Call center.* O serviço de teleatendimento prestado por terceiros, com exclusividade para determinada instituição financeira, com pessoalidade e sob fiscalização direta da tomadora, perde sua característica de *call center* e se insere na hipótese da súmula 331, III do C.TST. (TRT1 - 1ª Turma - Rel. Gustavo Tadeu Alkmim - 0046100-40.2007.5.01.0058 - 12/3/2010).

82. I- *Terceirização simulação. Vínculo empregatício.* Quando se verifica que, sob a forma de empresas prestadoras de serviços temporário, há camuflada verdadeira atividade de locação de mão de obra, que ocorre com a busca constante de baixar os custos de produção de determinados tomadores de serviços, deve ser desconsiderada a situação do trabalhador que presta serviços com subordinação jurídica ao tomador destes, observando-se o princípio da primazia da realidade do artigo 9º, bem como do artigo 3º, ambos da CLT. II- *Conflito de normas.* Tendo o SINTTEL firmado acordo coletivo diretamente com a segunda reclamada, não há se falar em justaposição de normas coletivas. (TRT1 - 1ª Turma - Rel. Mery Bucker Caminha - 0244400-06.2006.5.01.0244 - 16/9/2010).

83. I. *Da terceirização* 1. Consoante tese defensiva, as atividades de teleatendimento exercidas pelo autor compreendem receber e realizar contatos telefônicos para gerenciamento de relacionamentos com clientes, quer seja atualizando seus dados cadastrais, quer seja registrando reclamações, quer seja esclarecendo dúvidas, todas constantes do estatuto social da ré, tratando-se, portanto de atividade-fim. 2. Por outro lado, embora não haja nos autos o contrato social da segunda reclamada, em face da desistência do autor quanto a esta, resta

evidente tratar-se de instituição financeira, não se podendo considerar o teleatendimento como atividade-fim, mas atividade-meio. 3. Dessarte, tenho que a prestação de serviços se deu por meio de terceirização lícita. II. *Enquadramento sindical* 1. Incontroverso nos autos que o autor estava filiado ao SINTTEL, a discussão, assim, refere-se à aplicação da Convenção Coletiva em prol do Acordo Coletivo firmado entre a primeira ré e o Sindicato dos Empregados, sendo certo que este Julgador entende que se impõe ater-se à literalidade do artigo 620 da CLT para solução do litígio. Este dispositivo legal, estabelece, em seu *caput*, que as condições estabelecidas em convenções coletivas, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordos Coletivos. 2. Verifica-se, de plano, que o dispositivo celetário fala em condições no plural, o que leva ineludivelmente à conclusão de que o legislador não se afastou da teoria do conglobamento, segundo a qual cada instrumento normativo deve ser considerado no seu todo, e não cláusula a cláusula isoladamente. 3. A norma contida no artigo 620 da CLT é expressa quanto à prevalência das condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, àquelas estipuladas em acordo coletivo. 4. A tese discutida nos autos refere-se a diferenças salariais em relação ao piso salarial obtido da aplicação do disposto na convenção coletiva de trabalho em detrimento do acordo coletivo de trabalho. 5. Exegese diversa dada ao art. 620 da CLT (como também ao art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, da CF), com a desconsideração da teoria do conglobamento, apenas contribuiria para o desestímulo à negociação coletiva, implicando substituição das soluções autônomas pelas heterônomas para os conflitos coletivos do trabalho, pela multiplicação dos dissídios coletivos e retorno ao paternalismo estatal, incompatível com o atual estágio de evolução das relações capital-trabalho. 6. Da análise das normas coletivas em questão, evidente que a Convenção Coletiva é mais benéfica ao autor. Sendo assim, aplicáveis ao reclamante todas as disposições estabelecidas na Convenção Coletiva, como postulado na inicial. 7. Ante o exposto, *dou provimento* ao apelo obreiro, para, reconhecendo aplicáveis ao autor as Convenções Coletivas, deferir a retificação da CTPS do autor para constar o salário ora determinado, diferenças salariais apuradas entre o valor pago pela ré e o piso estabelecido nessas normas. III. *Jornada suplementar* 1. Incontroverso nos autos que a jornada do autor era de 36 horas semanais, ativando-se por seis dias na semana, com 15 minutos de intervalo, impõe-se analisar a prova oral destes autos para se apurar se foram respeitados esses limites e, quando extrapolados ou não cumpridos, houve quitação. 2. Por primeiro, com relação à pausa de 10 minutos a cada 50 minutos trabalhados, razão assiste ao autor. Veja-se que, em contestação, a ré restringiu-se a refutar a pretensão sob argumento de somente ser devido esse interregno aos digitadores, função não exercida pelo obreiro. 3. Todavia, a norma coletiva na qual o autor ampara sua pretensão, acolhida como instrumento aplicável ao obreiro neste acórdão, em momento algum faz esta ressalva. A cláusula 10, ao dispor sobre a pausa em comento, estabelece como requisito, apenas, a utilização de audíofones e terminal de vídeo de forma permanente e ininterrupta, o que não foi negado pela ré ou produzida prova em contrário nestes autos. 4. Devidas, assim, horas extras pela supressão de pausa de 10 minutos a cada 50 minutos trabalhados, acrescido de adicional legal e repercussão nas demais verbas. 5. Com relação ao intervalo intrajornada, do mesmo modo, restou comprovado nos autos, pelos depoimentos das testemunhas, a supressão deste em alguns dias da semana. 6. Dessarte, devido, outrossim, a título de extraordinárias, acrescidas do adicional de 50%, 15 minutos de intervalo intrajornada por três dias na semana, durante todo o interregno contratual. 7. No que tange à extrapolação de jornada, do mesmo modo, merece acolhida a pretensão do autor, posto que também quanto à este tema, a prova oral demonstrou que os empregados

da ré chegavam ao trabalho cerca de 30 minutos antes do início da jornada contratual, para localizarem seus equipamentos e procederem à leitura obrigatória do jornal interno, sem que este horário fosse registrado. 8. Diante disso, também com relação à extrapolação de jornada em 30 minutos diários, há que se acolher a insurgência autoral, condenando a ré ao pagamento desse tempo, acrescido de adicional e integração nas demais verbas. IV. *Multa do artigo 477 da CLT* 1. Quitadas no prazo legal as verbas rescisórias em homologação perante o sindicato obreiro, não há que se falar em incidência dessa multa sobre os valores objeto de controvérsia nestes autos. 2. Ante o exposto, *nego provimento* ao apelo quanto à multa do artigo 477 da CLT. IV. *Conclusão* 1. Ante o exposto, admito o recurso obreiro e, considerando que: 1) a convenção coletiva, considerando o princípio da norma mais favorável, é mais benéfica, em seu conjunto, ao obreiro; 2) a prova oral produzida nos autos confirmou a supressão dos intervalos legais e convencionais, assim como a extrapolação da jornada, *dou-lhe provimento parcial* para, reconhecendo aplicável ao autor as regras insertas na Convenção Coletiva de Trabalho e constatando a supressão da pausa de 10 minutos a cada 50 minutos trabalhados, estabelecida na norma coletiva ora acolhida, o não usufruto diário do intervalo destinado ao descanso e refeição e a extrapolação de jornada inadimplida, julgar procedente os pedidos elencados nos itens 2 a 6, 9 a 15, condenando a reclamada a retificar o salário na CTPS obreira, para fazer constar o piso estabelecido nas Convenções Coletivas jungidas aos autos; diferenças salariais apuradas entre o valor pago e o piso estabelecido normativamente, consoante reconhecido nesta decisão; diferenças decorrentes da integração desse valor em aviso prévio e adicionais, 13^º salários, férias proporcionais e vencidas acrescidas do terço constitucional; horas extras decorrentes da não concessão de pausa de 10 minutos a cada 50 trabalhados, supressão do intervalo intrajornada de 15 minutos durante três vezes na semana e extrapolação diária do horário contratual em 30 minutos, todas acrescidas do adicional de 50% e integração nas demais verbas, inclusive recolhimento fundiários e indenização de 40%. 2. Quando da realização dos cálculos de liquidação, determino que sejam observados os critérios de cálculo constantes no item 6; da fundamentação. (TRT1 - 10^a Turma - Rel. Ricardo Damião Areosa - 0051000-13.2007.5.01.0011 - 18/02/2010).

84. I. *Vínculo de emprego* 1. Analisando os autos, verifica-se que o reclamante foi contratado por empresa prestadora de serviços para prestar serviços para a reclamada, na qualidade de operador de *telemarketing*, fato reconhecido pela sentença inquinada com amparo na prova oral produzida nos autos. 2. A ordem justralhista prevê as figuras das terceirizações lícitas e ilícitas. A terceirização ilícita teria como consequência o reconhecimento do vínculo diretamente com o tomador de serviços, já a terceirização lícita, em havendo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, implicaria a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços. 3. No caso em análise, resulta que a terceirização havida foi lícita, haja vista que a tomadora, empresa de telecomunicações, tem como atividades primordiais 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- (art. 60, -*caput*- e § 1^º, da Lei nº 9.472/97) e o autor noticia na exordial que desenvolvia atividade de operador de *telemarketing*. Ou seja, laborava em atividade-meio da tomadora. 4. Assim, não configurada a hipótese de terceirização ilícita, prevista na Súmula 331 do TST como autorizadora do reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços, impõe-se a manutenção da improcedência dos pedidos. 5. Ante o exposto, admito e *nego provimento*. II. *Conclusão* 1. Ante o exposto, admito o recurso ordinário

interposto pelo autor e, considerando que restou incontroverso que se ativava em função inserta na atividade-meio da tomadora, não configurando terceirização ilícita apta a amparar sua pretensão de ter reconhecido o vínculo de emprego diretamente com a tomadora, *nego-lhe provimento*. (TRT1 - 10ª Turma - Rel. Ricardo Areosa - 0052500-72.2008.5.01.0046 - 06/5/2010).

85. Intermediação de mão de obra ilegal. A intermediação de mão de obra para o desenvolvimento de atividade-fim da empresa, vulnera as regras da terceirização, impondo-se o reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com o beneficiário da mão de obra. (TRT1 - 1ª Turma - Rel. Gustavo Tadeu Alkmim - 0100800-73.2006.5.01.0066 - 21/7/2010).

86. Operadora de telemarketing. Objeto social da empresa revela atividade preponderante de prestação de serviços na área de telecomunicações. Aplicabilidade das convenções coletivas firmadas entre o SINDIMEST e o SINTTEL. Sendo a principal atividade da empresa, como unidade produtiva de operação, a prestação de serviços a terceiros por meio telefônico (central de atendimento telefônico), dentre eles atividades de *telemarketing* com programas de fidelização de clientes, processamento de dados eletrônicos, banco de dados, etc, e considerando que o parágrafo único do art. 69, da Lei de Telecomunicações nº 9.472/1997 dispõe que Forma de telecomunicação é o modo específico de transmitir informação, decorrente de características particulares de transdução, de transmissão, de apresentação da informação ou de combinação destas, considerando-se formas de telecomunicação, entre outras, a telefonia, a telegrafia, a comunicação de dados e a transmissão de imagens, deve ser aplicada ao caso concreto as convenções coletivas firmadas entre o SINDIMEST e o SINTTEL. (TRT1 - 7ª Turma - Rel. Evandro Pereira Valadão Lopes - 0017400-75.2008.5.01.0072 - 18/6/2010).

87. Recurso ordinário interposto por TIVIT Atendimentos Telefônicos Ltda. (incorporadora de Telefutura Telemarketing Ltda.) Multa do art. 477, § 8º, da CLT. É a mora que enseja a multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT, que, por possuir natureza punitiva, deve ser interpretada restritivamente. *Recurso ordinário interposto pelo Banco IBI S.A. Responsabilidade subsidiária.* A terceirização lícita se revela uma tentativa global de redução dos índices de desemprego e, de outro, a realocação da força de trabalho segundo o modelo de empresa-rede, mais horizontal. Entretanto, deve ser reconhecida a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, porquanto presente culpa in eligendo, na escolha da prestadora de serviços. Neste sentido, o entendimento cristalizado na Súmula nº 331 do c. TST. (TRT1 - 7ª Turma - Rel. Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha - 0089700-39.2004.5.01.0019 - 09/7/2010).

88. Recurso Ordinário. Fraude na contratação: formalização do vínculo com o tomador dos serviços. Em que pese a existência de contrato de prestação de serviços entre as reclamadas, a prova dos autos evidenciou que a mão de obra consistente na abordagem e captação de clientes para a concessão de crédito/financiamento era destinada ao atendimento de trabalho essencial da empresa tomadora, impondo-se o reconhecimento do vínculo de emprego com a segunda ré. A fraude na contratação é manifesta, porquanto houve intermediação da atividade-fim do empreendimento econômico, o que não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio. Pertinente ao caso a Súmula 331 do E. TST. (TRT1 - 8ª Turma - Rel. Maria José Aguiar Teixeira Oliveira - 0084100-30.2007.5.01.0052 - 07/7/2010).

89. Recurso ordinário. Recurso da acionada. O vínculo de emprego: a terceirização de atividade-fim: a subordinação jurídica direta: a contratação mediante empresa de intermediação de mão de obra: consequências no enquadramento sindical, jornada e verbas de rescisão. O recorrido

exercia atividades ligadas à atividade-fim da recorrente e era a ela subordinado diretamente. O recorrido trabalhava na angariação de clientes para a concessão de empréstimos pela recorrente tal atividade não é meio, mas fim, dado que vender empréstimos é o que faz a recorrente. Havia clara subordinação: o recorrido trabalhava uniformizado e dentro de horário estabelecido e controlado. A prestação de serviços era remunerada, sendo irrelevante que o dinheiro fosse-lhe entregue pela cooperativa (uma partícipe da fraude), dado que era mero repasse do dinheiro a ela entregue pela recorrente, como é de fácil conclusão. Estão presentes todos os requisitos para se afirmar que o vínculo de emprego houve e com a recorrente, que não é nem apelidada de cooperativa (como era a primeira reclamada) e portanto nem mesmo poderia imaginar que a seus empregados (como é o caso do reclamante) pudesse opor a resistência fundada no art. 442, parágrafo único, da CLT. (TRT1 - 5ª Turma - Rel. Bruno Losada Albuquerque Lopes - 0116800-92.2006.5.01.0020 - 27/4/2010).

90. Recurso ordinário. Recurso da acionante/recorrente. O vínculo de emprego direto com a tomadora: fraude: terceirização de atividade-fim. As cooperativas de trabalho ou de serviço são resultantes da união de trabalhadores autônomos de determinada profissão visando melhorar suas condições profissionais e, por que não dizer, pessoais, mediante a equânime distribuição das tarefas a serem desenvolvidas com igualdade de oportunidades, divididos os lucros entre eles, de forma proporcional. Não há que se admitir, dessa forma, que a prestação de serviços esteja atrelada à atividade-fim do tomador de serviços, nem tampouco se dê em condições que evidenciam tratar-se de autêntica relação de emprego. De forma específica, o exame detalhado do caso concreto não deixa margem de dúvida quanto à atuação irregular da 2ª acionada, não existindo a comprovação de que a cooperativa tivesse a preocupação de atender apenas a profissionais de áreas afins, sendo bastante difícil a cooperação entre quem não partilha dos mesmos interesses. E a simples leitura da genérica denominação da 1ª acionada já demonstra isso, evidenciando tratar de funcionários das mais diversas áreas de atuação. Ademais, o que se extrai do objeto social inserido no Contrato Social da tomadora, é que os serviços de atendimento à clientes e cobranças, que a autora afirmou executar, estão sim inseridos na atividade-fim da tomadora. Assim, vale dizer, a empresa, sob o manto da cooperativa, na realidade é uma autêntica intermediadora de mão de obra. Recurso parcialmente provido para declarar o vínculo de emprego com a segunda reclamada e condena-la a pagar ao recorrente as verbas rescisórias a que este tem direito. (TRT1 - 5ª Turma - Rel. Bruno Losada Albuquerque Lopes - 0103100-94.2009.5.01.0068 - 29/9/2010).

91. Responsabilidade. Tomador de serviços. Inaceitável a Súmula TST nº 331, IV, com a amplitude que sugere o seu texto, porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei, e não há dispositivo legal em que se possa apoiar essa responsabilidade. A responsabilidade apenas existe se contratada empresa sabidamente inidônea ao ser celebrado o contrato (*culpa in contrahendo*) ou havendo ilegalidade e conluio na utilização de empregados da contratada, em ambos os casos com apoio no art. 942, parágrafo único, do atual Código Civil. Não tem aplicação ao caso *culpa in eligendo* ou *in vigilando*, porque isso apenas se aplica a quem age em nome e por conta do mandante, o que não é o caso de gestores de empresa contratada em relação à empresa contratante. (TRT1 - 4ª Turma - Rel. Damir Vrcibradic - 0115000-30.2006.5.01.0052 - 08/7/2010).

92. Terceirização lícita. Operador de telemarketing. Vínculo de emprego com entidade bancária tomadora de serviços. Impossibilidade. Estando os serviços de *telemarketing* inseridos na

atividade meio da instituição bancária, não há que se falar em vínculo de emprego entre o operador de *telemarketing* e a tomadora de serviços e, conseqüentemente, inviável a concessão de benefícios próprios da categoria bancária ou financeira. (TRT1 - 10ª Turma - Rel. Marcos Cavalcante - 0019500-10.2009.5.01.0026 - 05/8/2010).

93. Terceirização. Relação de emprego diretamente com o tomador de serviços. A prestação de serviços essenciais ao desenvolvimento empresarial, em atividades-fins ou meio, configura autêntica relação empregatícia, por não ser possível a uma organização empresarial delegar a outra a realização de serviços essenciais aos seus objetivos, o que desvirtua o conceito de empresa, no seu sentido mais amplo. O procedimento da empresa que terceiriza as suas atividades não passa pelo crivo do artigo 9º da CLT e, diante de sua manifesta ilegalidade, o vínculo empregatício deveria se formar diretamente com o tomador dos serviços. *Dano moral.* Só os atos ilícitos que violem direito ou causem prejuízo a outrem é que determinam a reparação do dano, seja material ou moral. Os praticados no exercício regular de um direito, a princípio não configuram ato ilícito - art. 188 do Código Civil - e, como tal, não ensejam a reparação por dano de que tratam os arts. 186 e 927 do Código Civil e art. 5º, X, da Constituição da República. (TRT1 - 7ª Turma - Rel. Fernando Antonio Zorzenon da Silva - 0114900-67.2009.5.01.0053 - 20/7/2010).

94. Unibanco. Vínculo de emprego. Havendo prova de que o trabalhador foi contratado por empresa prestadora dos serviços, e que sua atividade foi exercida, de forma terceirizada, em atividade meio do empreendimento, sem que haja prova de qualquer fraude, não há como ser presumido o liame de emprego. (TRT1 - 9ª Turma - Rel. Claudia de Souza Gomes Freire - 0018400-33.2008.5.01.0033 - 30/7/2010).

95. Vivo S.A. (atual denominação de Telerj Celular S.A.). Terceirização de atividade-meio. Licitude. O serviço de *call center* é diverso do serviço de telecomunicação, sendo que o primeiro consiste na intermediação da comunicação entre os clientes ou potenciais clientes e a empresa constituindo uma atividade-meio. Se não há prova nos autos de que houve desvirtuamento do teleatendimento com o englobamento de atividades inerentes à própria telefonia é de ser reconhecida a legalidade da contratação do demandante com a primeira reclamada Atento Brasil S.A., respondendo a tomadora de serviços Vivo S.A., subsidiariamente. Recurso empresarial provido em parte. (TRT1 - 7ª Turma - Rel. Marcelo Antero de Carvalho - 0033700-31.2006.5.01.0057 - 27/4/2010).

1.10 Sentença Normativa/Convenção e Acordo Coletivos de Trabalho

96. Operador de telemarketing. Cargo. Nomenclatura. A existência de norma coletiva fixando salários específicos para determinados cargos impede o empregador de alterar a nomenclatura do cargo de forma que o torne irreconhecível. (TRT1 - 3ª Turma - Rel. Angela Fiorencio Soares da Cunha - 0042500-96.2007.5.01.0062 - 25/3/2010).

97. Acordo Coletivo e Convenção Coletiva. O acordo coletivo e a convenção coletiva são diplomas negociais com distinção em relação aos sujeitos, ao conteúdo e à forma, e também à abrangência. Acordos de vontades (contrato *lato sensu*), que revelam regras jurídicas, e não apenas cláusulas obrigacionais, ganharam os acordos coletivos força com a CRFB/88.

Acrescente-se que não há distinção hierárquica entre os referidos diplomas, mas o que deve prevalecer é a condição mais benéfica ao empregado, no caso a convenção. Não se verificando, entretanto, a representação da categoria econômica da empregadora naquela convenção, impõe-se a prevalência do acordo coletivo firmado. *Dano moral*. O dano moral, na seara trabalhista, refere-se a atos do empregador que possam denegrir a imagem profissional do trabalhador, causando situações vexatórias diante de seus colegas e da sociedade. Tais contornos encontram-se perfeitamente delineados quando impedido o trabalhador de ir ao banheiro para satisfação de suas necessidades fisiológicas, sujeito publicamente à avaliação negativa constante de quadro de avisos e, ainda, obrigado a usar fantasias no ambiente de trabalho. No entanto, reduz-se a indenização fixada pelo Juízo de 1º grau, uma vez que desproporcional à lesão ocorrida. Litigância de má-fé. Eventual falta de robustez das razões de defesa, em princípio, somente repercutirá no campo meritório, quando não evidenciada deslealdade da parte a justificar punição por irregular conduta processual. A penalidade aplicada deve sempre ter caráter didático-pedagógico, de modo a evitar abuso no manuseio dos remédios jurídicos previstos em lei. No entanto, a sua aplicação indiscriminada não se coaduna com os princípios que regem o Estado Democrático de Direito. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TRT1 - 2ª Turma - Rel. Maria Aparecida Coutinho Magalhaes - 0095400-04.2007.5.01.0241 - 30/7/2010).

98. *Conflito aparente de normas coletivas. Princípio da norma mais favorável e teoria do conglobamento.* O conflito aparente de normas coletivas deve ser solucionado segundo o princípio da norma mais favorável ao trabalhador. No entanto, a verificação da regra mais benéfica deve ser feita de acordo com a teoria do conglobamento, ou seja, a partir da análise de cada norma como um todo, e não das cláusulas isoladamente. (TRT1 - 10ª Turma - Rel. Marcos Cavalcante - 0002800-72.2009.5.01.0247 - 19/7/2010).

99. *Conflito de normas.* Tendo o SINTTEL firmado acordo coletivo diretamente com a reclamada, não há se falar em justaposição de normas coletivas. (TRT1 - 1ª Turma - Rel. Mery Bucker Caminha - 0078600-86.2007.5.01.0244 - 30/7/2010).

100. *I. Da norma coletiva aplicável à reclamante.* 1. Sustenta a recorrente que a convenção coletiva de trabalho acostada aos autos pela reclamante não lhe é aplicável pela simples razão de sua empregadora não estar abrangida pelo sindicato respectivo de sua categoria. Afirma que firmou acordo coletivo com o SINTTEL, que possui cláusula de prevalência, a qual prevê a supremacia do Acordo Coletivo de Trabalho, em razão de sua especificidade e do conjunto das garantias asseguradas, devendo assim, prevalecer sobre qualquer Convenção Coletiva que possa ser aplicável à categoria profissional. 2. A figura jurídica do enquadramento sindical decorre da adoção no nosso ordenamento jurídico da organização sindical por categorias econômicas e profissionais (artigo 570 da CLT) e do princípio da unicidade sindical (artigo 8º, II, da Constituição Federal). Sendo que o enquadramento sindical do empregado é definido pela atividade empresarial exercida predominantemente pelo empregador, salvo nos casos de categoria profissional diferenciada. Neste sentido, a decisão proferida pela Terceira Turma do TRT da 12ª Região, *in verbis*: “*Enquadramento sindical. Atividade preponderante.* Nos termos do art. 511 da CLT, o enquadramento sindical se dá, prioritariamente, pela atividade econômica preponderante desenvolvida pelo empregador. (Processo nº 01709-2003-040-12-85-0 - Relatora: Juíza Lígia Maria Teixeira Gouvêa - Publicado em 28/09/2006). 3. O princípio da norma mais favorável é considerado pela doutrina como o único incontestavelmente específico

do Direito do Trabalho. Assim o é, pois, na solução do concurso de normas, permite uma aparente subversão na hierarquia normativa com a aplicação de regra jurídica inferior quando mais favorável, ainda que em detrimento de outra que lhe seja superior. 4. A estipulação de um critério acerca da determinação da norma mais favorável ainda divide doutrina e jurisprudência, adotando-se, alternativamente, as teorias do conglobamento, da acumulação, ou mesmo do conglobamento por institutos. No caso dos instrumentos coletivos, no entanto, a própria CLT traz, no artigo 620, regramento a ser observado quando da ocorrência de concurso de normas, textualmente: As condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo. 5. Assim sendo, não há como se aplicar o acordo coletivo celebrado entre a recorrente e a SINTTEL, eis que este fixa pisos salariais inferiores aqueles fixados na Convenção Coletiva de Trabalho. 6. Assim sendo, são devidas as parcelas deferidas pela sentença do juízo de instrução original em razão da preponderância da convenção coletiva sobre o acordo coletivo, devendo ser mantida a condenação nos exatos termos sentenciados. 7. Admito e nego provimento. II. *Conclusão*. 1. Pelo exposto, ADMITO o recurso ordinário da primeira reclamada e, no mérito, *nego-lhe provimento*, pelos seguintes arrimos: I) o princípio da norma mais favorável é considerado pela doutrina como o único incontestavelmente específico do Direito do Trabalho. Assim o é, pois, na solução do concurso de normas, permite uma aparente subversão na hierarquia normativa com a aplicação de regra jurídica inferior quando mais favorável, ainda que em detrimento de outra que lhe seja superior; II) no caso dos instrumentos coletivos, a própria CLT traz, no artigo 620, regramento a ser observado quando da ocorrência de concurso de normas. Quando da liquidação do julgado, deverão ser observados os critérios de cálculo previstos no item 3 da fundamentação. (TRT1 - 10ª Turma - Rel. Ricardo Damião Areosa - 0098800-77.2008.5.01.0245 - 02/02/2010).

101. Norma aplicável. Prevalecendo a tese de que o obreiro atuava como atendente financeiro, aplicável à espécie o acordo coletivo celebrado entre a reclamada e o SINTTEL/RJ, que contempla a todos os seus empregados e não a convenção coletiva firmada entre o SINTTEL-RJ e o SINDIMEST-RJ, que abrange o operador de *telemarketing* mas sequer faz menção ao atendente financeiro. (TRT1 - 10ª Turma - Rel. Célio Juaçaba Cavalcante - 0101100-78.2009.5.01.0244 - 18/8/2010).

102. Norma mais benéfica. Teoria do conglobamento. Na forma do art. 620 da CLT, aplica-se a norma mais favorável quando há dois instrumentos coletivos disciplinando a mesma relação jurídica. Estas normas, no entanto, devem ser apreciadas de forma sistemática. Incabível o pinçamento de cláusulas mais benéficas, sob pena de criar diferentes regras para cada caso apresentado. (TRT1 - 1ª Turma - Rel. Gustavo Tadeu Alkmim - 0140000-67.2008.5.01.0244 - 19/7/2010).

103. Operador de telemarketing. Convenção coletiva mais favorável. Prevalência. Se a convenção coletiva consagra conjunto de normas mais benéficas ao empregado, sobrepõe-se ao acordo firmado entre a empresa e o sindicato. Inteligência do art. 620, da CLT. (TRT1 - 3ª Turma - Rel. Rogerio Lucas Martins - 0110700-59.2008.5.01.0018 - 09/02/2010).

104. Operador de telemarketing. O fato de contratar o trabalhador sob uma denominação diferente não exige o empregador de cumprir as normas coletivas da categoria profissional a qual pertence, quando a prova dos autos e o objeto social do empregado evidenciam que

a função exercida era de operador de *telemarketing*. (TRT1 - 1ª Turma - Rel. Gustavo Tadeu Alkmim - 0005200-71.2009.5.01.0049 - 03/02/2010).

105. Recurso ordinário. Convenção coletiva. Operador de telemarketing. Um acordo coletivo não pode estabelecer condições menos favoráveis ao trabalhador do que aquelas asseguradas pela convenção coletiva. Em tais hipóteses, coexistindo os dois, aplica-se o princípio da norma mais favorável e se adota a teoria do conglobamento, prevalecendo, na íntegra, aquele instrumento que no seu todo possui regras mais benéficas ao empregado. (TRT1 - 10ª Turma- Rel. Flávio Ernesto Rodrigues Silva - 0129100-59.2007.5.01.0244 - 28/5/2010).

106. Recurso ordinário. Coletivos. Artigo 620 da CLT. Prevalência de convenção coletiva quando mais favorável. Na hipótese da existência concomitante de acordo e convenção coletivos regulamentando os contratos individuais de trabalho, prevalecem as disposições constantes da convenção, quando, no todo, esta for mais favoráveis ao trabalhador, nos termos do artigo 620 da CLT. (TRT1 - 9ª Turma - Rel. José da Fonseca Martins Junior - 0067400-91.2007.5.01.0241 - 09/7/2010).

107. Recurso ordinário. Conflito aparente de normas. Convenção coletiva versus acordo coletivo. Artigo 620 da CLT. A Convenção Coletiva de Trabalho pactuada entre o SINDIMEST e o SINTTEL se sobrepõe ao Acordo Coletivo de Trabalho firmado entre a reclamada e este, pois tem abrangência limitada e estabelece condições menos benéficas que aquela, em especial no que se refere ao piso salarial. Recurso ordinário da reclamante conhecido e parcialmente provido. (TRT1 - 5ª Turma - Rel. Marcia Leite Nery - 0078500-49.2008.5.01.0066 - 31/8/2010).

108. Recurso ordinário. Conflito entre normas trabalhistas. Norma aplicável. Existindo conflito entre normas trabalhistas, deve ser adotado o princípio da prevalência da norma mais favorável, segundo a qual deve o intérprete escolher, dentre as normas conflitantes, aquela que se afigure mais benéfica ao trabalhador. A aferição da norma mais benéfica deve seguir a orientação da teoria do conglobamento, ou seja, a norma eleita deve ser mais benéfica em seu conjunto e não ponto a ponto, inteligência do art. 620 da CLT. (TRT1 - 8ª Turma - Rel. Marcelo Augusto Souto de Oliveira - 0075200-05.2009.5.01.0047 - 19/7/2010).

109. Recurso ordinário. Operador de telemarketing - disfarce do nome da função para fugir às obrigações da convenção coletiva de trabalho. Acordo coletivo in pejus. Não pode o empregador inventar uma função profissional diversa a da prevista na Convenção Coletiva da Categoria para fugir às obrigações trabalhistas. A chamada função de “atendente de serviço” nada mais é do que a função de operador de *telemarketing*, definida na norma coletiva, classificação de ocupações profissionais e nas normas regulamentares do Ministério do Trabalho e Emprego. Também não pode a empresa realizar um acordo coletivo que fira a convenção coletiva de trabalho, o que contraria o art. 620 da CLT, além de caracterizar prática discriminatória e fraudulenta. (TRT1 - 2ª Turma - Rel. Maria José Aguiar Teixeira Oliveira - 0062800-12.2007.5.01.0246 - 23/7/2010).

110. Recurso ordinário. Operador de telemarketing. Norma coletiva aplicável. SINTTEL. SINDIMEST. Se a convenção coletiva prevê condições mais favoráveis ao empregado do que o acordo coletivo, deve prevalecer a primeira. Trata-se de aplicação do princípio da norma mais favorável. Outrossim, se a reclamada presta serviços de *telemarketing*, presume-se abrangida pelo SINDIMEST. (TRT1 - 10ª Turma - Rel. Flávio Ernesto Rodrigues Silva - 0087000-32.2006.5.01.0048 - 08/7/2010).

1.11.1 Aplicabilidade/Cumprimento

111. *Recurso ordinário. Primazia da realidade. Norma coletiva aplicável.* Considerando o disposto no artigo 570 da CLT, de se dizer que a autora é representada pelo SINTTEL-RJ e a recorrente pelo SINDIMEST-RJ nas negociações coletivas, o que importa dizer que as CCs coletivas trazidas com a inicial deveriam ser observadas no que diz respeito ao salário e a concessão de intervalos de 10 (dez) minutos para cada 50 (cinquenta) trabalhadores. Nego provimento. (TRT1 - 5ª Turma-Rel. Bruno Losada Albuquerque Lopes - 0150900-44.2008.5.01.0007 - 07/5/2010).

2. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO

2.1 Processo e Procedimento

2.1.1 Provas

112. *Recurso ordinário da primeira reclamada Atento Brasil S.A.. Prova. Persuasão racional do juiz e livre convencimento.* A valoração da prova pelo juiz de primeiro grau, cuja imediação em sua colheita o distingue pela absorção do fato de forma, digamos, mais genuína, não deve em princípio ser desautorizada pelas instâncias revisoras, salvo nos casos em que encerre distorção, impropriedade ou erro crasso em que avulte a subversão do quadro fático e, por consequência, a base do caso concreto em que incidirá a norma abstrata e genérica. (TRT1 - 6ª Turma - Rel. José Antonio Teixeira da Silva - 0032300-78.2005.5.01.0004 - 14/1/2010).

ÍNDICES

ÍNDICE DE ASSUNTOS

(Os números indicados correspondem às páginas da Revista)

1.	DIREITO DO TRABALHO	248
1.1	Categoria Profissional Especial	248
1.1.1	<i>Bancário</i>	248
1.1.1.1	Enquadramento	248
1.1.2	<i>Digitador/Mecanógrafo/Datilógrafo</i>	248
1.1.3	<i>Telefonista/Telegrafista</i>	248
1.1.3.1	Operador de <i>Telemarketing</i>	248
1.2	Categoria Profissional Especial	250
1.2.1	<i>Outras Categorias Profissionais</i>	251
1.3	Contrato Individual de Trabalho	251
1.3.1	<i>Reconhecimento de Relação de Emprego</i>	251
1.4	Direito Sindical e Questões Análogas	251
1.4.1	<i>Enquadramento sindical</i>	251
1.4.2	<i>Representação Sindical</i>	255
1.5	Duração do Trabalho	255
1.5.1	<i>Hora Extra</i>	256
1.5.2	<i>Intervalo Intrajornada</i>	258
1.5.2.1	Adicional de Hora Extra	258
1.5.3	<i>Intervalo Intrajornada</i>	259
1.6	Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios	259
1.6.1	<i>Salário/Diferença Salarial</i>	259
1.6.1.1	Piso Salarial	264
1.7	Rescisão do Contrato de Trabalho	265
1.7.1	<i>Reintegração/Readmissão ou Indenização</i>	265
1.7.1.1	Estabilidade Acidentária	265
1.8	Responsabilidade Civil do Empregador/Empregado	265
1.8.1	<i>Indenização por Dano Moral</i>	265
1.8.1.1	Acidente de Trabalho	269
1.8.1.2	Assédio Moral	270
1.8.1.3	Atos Discriminatórios	270
1.8.2	<i>Indenização por Dano Moral</i>	270
1.9	Responsabilidade Solidária/Subsidiária	271

1.9.1	<i>Tomador de Serviços/Terceirização</i>	275
1.10	Sentença Normativa/Convenção e Acordo Coletivos de Trabalho	281
1.10.1	<i>Aplicabilidade/Cumprimento</i>	285
2.	DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO	285
2.1	Processo e Procedimento	285
2.1.1	<i>Provas</i>	285

ÍNDICE ONOMÁSTICO

(As indicações correspondem ao número da ementa – páginas 247 a 285)

ALKMIM, Gustavo Tadeu, 25, 37, 41, 61, 81, 85, 102, 104
ARAÚJO NETTO, José Nascimento, 56
AREAL, Antonio Carlos, 68
AREOSA, Ricardo Damião, 31, 39, 44, 45, 76, 83, 84, 100
BELMONTE, Alexandre Agra, 38, 42, 73, 74, 75
CAMINHA, Mery Bucker, 82, 99
CARVALHO, Cesar Marques, 9, 23
CARVALHO, Elma Pereira de Melo, 5
CARVALHO, Marcelo Antero de, 95
CAVALCANTE, Celio Juaçaba, 18, 101
CAVALCANTE, Marcos, 57, 77, 92, 98
CESAR, José Carlos Novis, 4
COENTRO, Aurora de Oliveira, 20, 43
CUNHA, Alexandre Teixeira de Freitas Bastos, 87
CUNHA, Angela Fiorencio Soares da, 96
DATTOLI, Roque Lucarelli, 3, 34
DRUMMOND, Carlos Alberto Araújo, 26
FILHO, Theocrito Borges dos Santos, 1, 2, 6, 50, 62
FONSECA, José Geraldo da, 48
FONSECA, Paulo Roberto Capanema da, 8, 79
FONTE, Jorge Fernando Gonçalves da, 24, 27, 30, 51, 52
FREIRE, Cláudia de Souza Gomes, 94
GARCIA, Tania da Silva, 7
LOPES, Bruno Losada Albuquerque, 46, 49, 89, 90, 111
LOPES, Evandro Pereira Valadão, 33, 64, 70, 86
MAGALHÃES, Maria Aparecida Coutinho, 10, 97
MARTINS JUNIOR, José da Fonseca, 65, 106
MARTINS, Rogério Lucas, 103
MORAES, Ana Maria Soares de, 22, 36, 54
NERY, Marcia Leite, 107
OLIVEIRA, Dalva Amélia de, 60
OLIVEIRA, Marcelo Augusto Souto de, 67, 108
OLIVEIRA, Maria José Aguiar Teixeira, 14, 21, 71, 88, 109
PACHECO, Mirian Lippi, 16, 17, 40, 59
PALACIO, Marcos, 32, 55
RIBEIRO, Giselle Bondim Lopes, 35
RODRIGUES, Antônio Carlos de Azevedo, 63, 78

SERRANO, Paulo Marcelo de Miranda, 72
SILVA, Fernando Antonio Zorzenon da, 28, 93
SILVA, Flávio Ernesto Rodrigues, 11, 13, 19, 69, 105, 110
SILVA, José Antonio Teixeira da, 66, 80, 112
TOURINHO, Edith Maria Corrêa, 12
TRAVESEDO, Rosana Salim Villela, 47, 53
VRCIBRADIC, Damir, 15, 29, 58, 91

ÍNDICE REMISSIVO

(As indicações correspondem ao número da ementa – páginas 247 a 285)

A

Abuso
- (em geral), 44, 55, 72, 76, 97
- de direito, 69
- de poder, 53
Acidente de trabalho, 48, 70
Acordo
- (em geral), 25, 103
- coletivo, 27, 31, 38, 45, 49, 76, 82, 83, 97, 99, 100, 101, 105, 107, 109, 110
- judicial, 44
Adicional de horas extras, 31, 39, 41, 44, 46, 73, 76, 83
Admissibilidade, 44, 45
Advertência, 49, 74
Advogado, 76
Agente, 55, 68
Alimentação, 45, 64, 83
Ambiente
- (em geral), 49, 71
- de trabalho, 44, 66, 70, 76, 97
Analogia (aplicação por), 4, 5, 11
Assédio moral, 71, 75
Assessor, 39
Associação, 80
Atestado
- (em geral), 10
- médico, 44
Atividade
- fim, 10, 19, 78, 83, 85, 88, 89, 90
- meio, 83, 84, 92, 94, 95
Ato ilícito, 44, 68, 72, 76, 93
Audiência, 44
Autônomo, 31, 83, 90
Avaliação
- (em geral), 44, 50, 71, 72, 76, 97
- de desempenho, 73
Aviso prévio, 31, 39, 46, 83

B

Bancário, 1, 2, 10, 17, 18, 19, 20, 21, 24
Banco
- (em geral), 10, 19, 20, 21, 24, 87, 92
- Caixa Econômica Federal, 3
- de dados, 86
- Unibanco, 94
Banheiro, 44, 49, 50, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 62, 63, 66, 68, 69, 71, 76, 77, 97

C

Cálculo
- (em geral), 33, 100
- de liquidação, 31, 45, 83
Consulte também Conta- (em geral), 39, 91
Cargo
- (em geral), 31, 96
Consulte também Função, 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 18, 25, 27, 28, 31, 34, 36, 37, 39, 43, 44, 45, 49, 68, 76, 83, 84, 104, 109
Cartão
- de crédito, 18
- de ponto, 44, 76
Carteirade Trabalho e Previdência Social (CTPS), 31, 39, 44, 45, 76, 83
Categoria
- (em geral), 1, 16, 17, 21, 27, 30, 44, 76, 92, 109
- diferenciada, 28, 32
- dos bancários, 19
- econômica, 26, 31, 97
- profissional, 3, 10, 23, 25, 66, 100, 104
- sindical, 15, 33
Causa de pedir (*causa petendi*), 67
Celular, 6, 95
Citação, 76
Classificação Brasileira de Ocupações, 8, 9, 44, 45, 76

Cláusula

- (em geral), 44, 83, 97, 98, 100
- benéfica, 31, 76, 102
- normativa, 45

Código

- Civil (CC), 91, 93
- de Processo Civil, 33, 44, 45, 76

Comissão

- (em geral), 39
- de conciliação prévia (CCP), 44, 76

Compensação, 31, 38, 76

Computador, 7, 11, 12, 14, 22, 31, 44, 76

Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT), 48

Conciliação

- (em geral), 76
- prévia, 44

Concurso, 100

Conflito

- (em geral), 67, 82, 98, 99, 107, 108
- coletivo, 31, 83

Conluio, 91

Constituição Federal, 19, 31, 39, 43, 76, 93, 100

Constrangimento, 49, 58, 68, 69, 72, 74

Conta

- (em geral), 91
- vinculada, 39

Contato, 44, 46, 83

Contestação, 31, 44, 45, 55, 76, 83

Contradita, 44

Contra-razões, 76

Contratação, 1, 19, 77, 88, 89, 95

Contrato

- (em geral), 35, 60, 91, 97, 106
- de prestação de serviço, 80, 88
- de trabalho, 39, 44, 76
- social, 83, 90

Convenção coletiva, 15, 25, 27, 31, 44, 46, 47, 49, 76, 83, 86, 97, 100, 101, 103, 105, 106, 107, 109, 110

Cooperativa, 80, 89, 90

Culpa

- (em geral), 48, 70

- *in eligendo*, 87, 91

Custas, 76

Custos

- (em geral), 19
- de produção, 82

D

Dano moral, 44, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 93, 97

Décimo terceiro salário, 31, 39, 83

Declaração, 39, 80

Demissão, 44, 76

Depoimento

- (em geral), 7
- de preposto, 39
- de testemunha, 39, 44, 56, 76, 83

Depósito

- (em geral), 39, 44
- recursal, 76

Desistência, 83

Desobediência, 62

Devedor, 76

Devolução, 39

Dialeticidade recursal, 45

Diária, 39, 44, 64, 76, 83

Diário Oficial, 31, 39, 44, 45, 83

Diferença salarial, 6, 16, 30, 31, 43, 44, 45, 46, 47, 76, 83

Dignidade, 53, 54, 57, 68, 69, 77

Dinheiro, 89

Direito de ação, 44

Dispensa

- *Consulte* Demissão, 44, 76

Disponibilidade, 33

Dissídio coletivo, 31, 83

Distribuição, 90

Documento

- (em geral), 45
- juntada de, 39

Doença profissional, 48

- E**
- Embargo de declaração, 39
 - Emenda, 39
 - Empresa
 - interposta, 77
 - prestadora de serviço, 19, 78, 82, 84
 - Enquadramento
 - (em geral), 3, 11, 16, 19
 - sindical, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 66, 83, 89, 100
 - Erro, 112
 - Estabelecimento, 45, 63
 - Estabilidade
 - (em geral), 39, 44, 69, 76, 100
 - provisória, 48
 - Estágio, 31, 83
 - Estatuto social, 83
 - Ética, 76
 - Exame, 90
 - Exceção, 25
 - Excesso, 49, 69
 - Exclusão, 44, 76
 - Execução, 76
 - Exordial, 45, 84
 - Extinção processual, 44, 76
 - Extrajudicial, 44
- F**
- Falta
 - (em geral), 97
 - de dialeticidade recursal, 44, 45
 - Fato constitutivo, 39
 - Férias
 - (em geral), 39, 46
 - proporcionais, 31, 83
 - Ficha, 64
 - Filho, 1, 2, 6, 50, 62
 - Filiação, 83
 - Financiamento, 88
 - Folga, 31, 64, 76, 83
 - Folha, 64, 76
 - Força maior, 48
 - Fraude, 44, 76, 88, 89, 90, 94, 109
- Função**, 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 18, 25, 27, 28, 31, 34, 36, 37, 39, 43, 44, 45, 49, 68, 76, 83, 84, 104, 109
- Fundiário, 31, 83
- Fundo de Garantia por tempo de Serviço (FGTS), 39, 46, 76
- G**
- Gestor, 91
 - Guarda, 45
- H**
- Homologação
 - (em geral), 83
 - de rescisão, 44, 76
 - Honorário advocatício, 76
 - Honra, 49, 54, 57, 65, 67, 76, 77
 - Hora extra, 76
- I**
- Imagem, 65, 76, 84, 86, 97
 - Impedimento, 51, 97
 - Imposto
 - (em geral), 44, 49, 76
 - de Renda, 33
 - Indenização
 - (em geral), 44, 48, 50, 52, 53, 58, 62, 64, 67, 69, 70, 72, 73, 74, 75, 97
 - de 40% (FGTS), 31, 76, 83
 - do seguro-desemprego, 76
 - Índice, 87
 - Informática, 31
 - Insolvência, 39
 - Instituição financeira, 3, 10, 81, 83
 - Instituto, 100
 - Intervalo
 - (em geral), 31, 39, 42, 45, 49, 51, 56, 63, 64, 73, 111
 - intrajornada, 40, 41, 44, 71, 76, 83
 - legal, 83
 - Intimação, 45
 - Intimidade, 51, 52, 57, 59, 61, 68, 77
 - Isonomia, 19, 43

J

Jornada
- (em geral), 38, 49, 52, 89
- de 6 horas, 12, 35, 39, 41, 44, 45
- de 8 horas, 44
- de trabalho, 22, 31, 34, 40, 44, 45, 61, 64, 69, 76
- reduzida, 5, 12, 36, 37
- suplementar, 31, 39, 44, 45, 76, 83
Justiça Comum, 76

L

Lato sensu, 97
Legitimidade passiva, 76
Lei, 25, 33, 44, 45, 47, 48, 76, 84, 86, 91, 97
Lesão, 44, 50, 54, 56, 57, 64, 65, 77, 97
Licença, 58
Liquidação, 39, 44, 76, 100
Litigância de má-fé, 39, 97
Locação de mão de obra, 82
Local de trabalho, 44, 64, 70, 76
Lucro, 80, 90

M

Má-fé, 39, 97
Magistrado, 31, 44, 76, 112
Mão de obra
- (em geral), 88
- intermediação de, 85, 89
- locação, 82
Medicina, 66
Médico, 44
Menor, 39
Ministério
- do Trabalho e Emprego, 13, 40, 64, 109
- Público do Trabalho, 76
Moléstia, 44
Mora, 87
Multa
- (em geral), 39, 87
- do art. 467 da CLT, 76
- do art. 475-J do CPC, 76
- do art. 477 da CLT, 44, 76, 83

N

Natureza, 34, 39, 76, 84, 87
Negociação coletiva, 31, 83, 111
Norma
- coletiva, 10, 20, 30, 31, 32, 33, 43, 44, 45, 47, 49, 66, 76, 82, 83, 96, 98, 99, 100, 104, 109, 110, 111
- de segurança, 66
- regulamentadora, 40, 42, 45, 46, 64, 66
Notificação, 76
Nulidade
- da contratação, 77
- de sentença, 39
- do contrato, 80

O

Obrigação, 70, 84, 109
Operador de *telemarketing*, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 22, 24, 27, 28, 31, 32, 34, 36, 38, 39, 44, 45, 46, 49, 64, 66, 67, 74, 76, 84, 86, 92, 96, 101, 103, 104, 105, 109, 110
Ordem
- dos Advogados do Brasil (OAB), 76
- jurídica, 67
 rg o, 45

P

Pagamento
- (em geral), 6, 31, 76, 83
- de horas extras, 39, 44
- de indeniza o, 44, 48, 50, 70
Parcela, 33, 39, 44, 100
Partilha, 90
Pena, 43, 76, 102
Penalidade, 97
Penhora, 76
Período, 44, 76
Pessoalidade, 81
Peti o
- (em geral), 33, 44
- inicial, 7, 25, 31, 39, 56, 66, 76, 83, 111
Piso
- (em geral), 46

- normativo, 45
- salarial, 25, 27, 31, 33, 45, 47, 83, 100, 107
- Plano, 31, 76, 83
- Poder
 - (em geral), 24, 44, 70, 76
 - abuso de, 53
 - diretivo, 49, 51, 52, 53, 59, 60, 63, 64, 68, 71, 72
- Prazo, 10, 44, 76, 83
- Preclusão, 45
- Prejuízo, 64, 65, 68, 69, 93
- Prêmio, 39
- Preposto, 39
- Prestação
 - (em geral), 24
 - de serviços, 14, 30, 70, 77, 80, 83, 86, 88, 89, 90, 93
 - jurisdicional, 39
- Prevenção, 40
- Princípio
 - (em geral), 47, 49, 67, 68, 76, 82, 97, 108, 112
 - da dialeticidade, 45
 - da igualdade ou da isonomia, 19, 43
 - da instrumentalidade, 44
 - da isonomia, 19, 43
 - da norma mais favorável, 49, 67, 83, 98, 100, 105, 110
 - da primazia da realidade, 82
 - da unicidade sindical, 100
 - *in dubio pro operario*, 45
 - processual, 44
- Privacidade, 52, 57, 67, 68, 77
- Produtividade, 39, 50, 72, 86
- Programa de Alimentação do Trabalhador, 54
- Prorrogação, 64
- Prova
 - (em geral), 10, 20, 45, 51, 88, 94, 95, 104, 112
 - oral, 31, 44, 55, 76, 83, 84
 - testemunhal, 39, 44, 56, 76

Q

- Quadro, 45, 49, 73, 97, 112
- Qualificação, 72
- Quitação, 44, 45, 76, 83

R

- Recibo, 39
- Reconhecimento
 - (em geral), 7, 18, 21, 44, 45, 49, 55, 83, 84, 85
 - de vínculo empregatício, 88
- Recurso
 - (em geral), 10, 18, 20, 24, 27, 32, 38, 42, 52, 55, 74, 83, 95, 97
 - ordinário, 11, 12, 13, 14, 19, 31, 39, 44, 45, 46, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 76, 84, 87, 88, 89, 90, 100, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112
 - parcial, 49, 90
- Redução, 19, 87
- Refeição, 83
- Reforma de sentença, 44, 76
- Relação de emprego, 90, 93
- Relatório Anual de Informação Social, 45
- Remissão, 44
- Remuneração, 31, 64, 76
- Repouso
 - (em geral), 64
 - semanal, 39
- intervalo de, 71
- Representação
 - (em geral), 33
 - da categoria, 97
 - sindical, 31
- Representante, 31, 44, 76
- Rescisão
 - (em geral), 39
 - homologação de, 44, 76
- Responsabilidade
 - (em geral), 91
 - civil, 48
 - subsidiária, 76, 84, 87
- Retenção, 9, 45

Retratação, 45
Revisão
- do acordo, 31, 66, 76, 83, 97, 98, 100, 106
- do julgado, 39, 100
Revisional, 39
Revisor, 45
Risco
- da contratação, 95
- do empreendimento, 39
- do trabalho, 25, 31, 33, 45, 48, 76, 83, 100
Rol de pedidos, 44

S

Salário
- (em geral), 31, 33, 39, 44, 46, 64, 76, 83, 96, 111
- mínimo, 45
Sanitário, 74, 75
Seção Especializada em Dissídios Individuais (Sedi), 5, 36
Secretaria de inspeção do trabalho, 64
Seguro-desemprego, 76
Semana, 76, 83
Sentença, 30, 31, 38, 39, 44, 45, 67, 70, 76, 84, 100
Serviço
- (em geral), 1, 3, 6, 8, 12, 14, 15, 19, 20, 22, 24, 26, 31, 44, 63, 66, 70, 71, 76, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 86, 87, 90, 92, 94, 95, 109, 110
- essencial, 93
Sindicato
- (em geral), 28, 29, 33, 83, 100, 103
- da categoria profissional, 15
- patronal, 27, 31, 46, 76
Sistema, 29, 30, 75
Sobrejornada, 73
Sociedade
- (em geral), 69, 76, 97
- anônima, 87, 95, 112
- cooperativa, 80
- limitada, 87
Subordinação, 24, 80, 82, 89
Subsidiariedade, 45, 76, 87
Substituição, 31, 83

Súmula, 19, 20, 44, 45, 76, 78, 79, 80, 81, 84, 87, 88, 91
Supressão de intervalo, 83
Suspeição, 44

T

Tarefa, 30, 35, 90
Técnico, 8, 48
Telefone, 5, 6, 14, 22, 30, 31, 35, 37
Telefonista, 5, 36, 37, 39, 76
Telemarketing, 2, 5, 6, 7, 8, 11, 13, 14, 15, 16, 20, 23, 24, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 36, 37, 39, 40, 42, 44, 45, 46, 48, 64, 66, 71, 76, 79, 86, 87, 92, 104, 109, 110
Tempo
- (em geral), 12, 51, 52, 58, 59, 64, 83
- à disposição, 31
- de serviço, 71
Temporário, 82
Terceirização, 19, 43, 77, 79, 82, 83, 84, 85, 87, 89, 90, 92, 93, 94, 95
Terceiro, 20, 48, 81, 86, 100
Terço constitucional, 31, 83
Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho, 31, 44, 76
Testemunha
- (em geral), 31, 76, 83
- depoimento da, 39, 44
Título, 31, 45, 83
Tomador
- (em geral), 1, 19, 21, 43, 45, 77, 78, 81, 82
- de serviços, 80, 84, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 95
Trabalhador
- (em geral), 14, 19, 23, 40, 43, 44, 51, 52, 60, 61, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 76, 77, 82, 94, 97, 98, 104, 105, 106, 108
- autônomo, 90
Trabalho, 22, 31, 34, 35, 39, 40, 44, 45, 48, 49, 55, 61, 64, 66, 69, 70, 76, 78, 83, 87, 88, 90, 97, 100, 106, 107, 109
Treinamento, 70
Tribunal Superior do Trabalho, 19, 20, 36, 44, 63, 76, 78, 79, 80, 81, 84, 87, 88, 91
Tutela, 67

U

União

- (em geral), 80

- Federal, 31, 45, 55, 74, 76, 89, 90

Uso

- (em geral), 5, 52, 53, 63, 64, 67, 74

- de sanitário, 44, 50, 51, 55, 57, 58, 60, 62,
68, 69, 76, 77

Usufruto, 83

V

Valor da causa, 39

Vantagem, 1, 20, 31, 76

Verba

- rescisória, 44, 76, 83, 89, 90

- salarial, 31

Vigência, 33, 45

Vinculação, 39

Vínculo

- (em geral), 27, 88

- empregatício, 1, 21, 80, 82, 84, 85, 89, 90,
92, 93, 94