



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista 0021354-03.2019.5.04.0221

Relator: LUIZ ALBERTO DE VARGAS

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 15/02/2023

Valor da causa: R\$ 164.007,00

Partes:

RECORRENTE: FAGNER MENNA BARRETO FRAGA

ADVOGADO: EYDER LINI

ADVOGADO: JULIANO BUENO TESTA

ADVOGADO: CAROLINA MAYER SPINA ZIMMER

RECORRENTE: DELL COMPUTADORES DO BRASIL LTDA

ADVOGADO: THIAGO TORRES GUEDES

ADVOGADO: MARCELO MAC DONALD REIS

ADVOGADO: LUCIELI BREDA

ADVOGADO: LUANA CASPARI

ADVOGADO: BIBIANA CANDIDO FOLETTTO

ADVOGADO: CRISTIANE DE SOUZA RODRIGUES BORTOLOTTTO

RECORRIDO: FAGNER MENNA BARRETO FRAGA

ADVOGADO: EYDER LINI

ADVOGADO: JULIANO BUENO TESTA

ADVOGADO: CAROLINA MAYER SPINA ZIMMER

RECORRIDO: DELL COMPUTADORES DO BRASIL LTDA

ADVOGADO: THIAGO TORRES GUEDES

ADVOGADO: MARCELO MAC DONALD REIS

ADVOGADO: LUCIELI BREDA

ADVOGADO: LUANA CASPARI

ADVOGADO: BIBIANA CANDIDO FOLETTTO

ADVOGADO: CRISTIANE DE SOUZA RODRIGUES BORTOLOTTTO



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

Identificação

PROCESSO nº 0021354-03.2019.5.04.0221 (ROT)

RECORRENTE: FAGNER MENNA BARRETO FRAGA, DELL COMPUTADORES DO BRASIL LTDA

RECORRIDO: FAGNER MENNA BARRETO FRAGA, DELL COMPUTADORES DO BRASIL LTDA

RELATOR: LUIZ ALBERTO DE VARGAS

EMENTA

ATIVIDADE PREPONDERANTE DE OPERADOR DE TELEMARKETING. FUNÇÕES ANÁLOGAS ÀS DE TELEFONISTA. JORNADA DE SEIS HORAS DIÁRIAS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 227 DA CLT E DA SÚMULA Nº 178 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. O exercício de atividade preponderante de operador de telemarketing garante ao empregado o direito à jornada de trabalho de seis horas diárias, ainda que eventualmente realize outras tarefas. aplica-se, por analogia as disposições do artigo 227 da CLT e a exegese da Súmula nº 178 do TST.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por maioria, vencida parcialmente a Desembargadora Luciane Cardoso Barzotto, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE** para **a)** afastar a limitação da condenação aos valores indicados aos pedidos na petição inicial; **b)** condenar a reclamada ao pagamento das horas excedentes a 6 horas diárias e 36 horas semanais, observando-se a jornada constante dos cartões ponto acrescidas de 2 horas diárias em duas oportunidades por semanas, o divisor 180, com reflexos em repousos semanais remunerados, férias acrescidas de 1/3, 13º salário, aviso prévio e FGTS com a multa de 40%. Custas de R\$ 2.000,00, calculadas sobre o valor arbitrado à condenação em R\$ 100.000,00, pela reclamada.

Intime-se.

Porto Alegre, 29 de fevereiro de 2024 (quinta-feira).



Assinado eletronicamente por: LUIZ ALBERTO DE VARGAS - 03/03/2024 10:47:21 - fb8709d

<https://pje.trt4.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=23062018042230200000076265387>

Número do processo: 0021354-03.2019.5.04.0221

ID. fb8709d - Pág. 1

Número do documento: 23062018042230200000076265387

RELATÓRIO

Inconformadas com a sentença de parcial procedência, as partes interpõem recurso ordinário.

O reclamante postula a reforma do julgado quanto à limitação da condenação aos valores apontados na inicial, horas extras e intervalo intrajornada.

A reclamada requer a reforma do julgado quanto à equiparação salarial e honorários sucumbenciais.

Com contrarrazões, sobem os autos a este Tribunal para julgamento.

O autor foi contratado pela reclamada em 03.02.2015, como representante interno de vendas, tendo sido despedido, sem justa causa, na data de 09.09.2019.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE.

1. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AOS VALORES APONTADOS NA INICIAL.

O reclamante alega que o artigo 840, § 1º da CLT exige tão somente o lançamento de valores estimativos aos pedidos até porque a documentação atinente ao contrato de trabalho encontra-se em poder do empregador. Aduz que a atribuição de valores aos pedidos tem por objetivo estabelecer o rito processual.

Com razão.

Não se exige da parte autora uma liquidação prévia dos pedidos e sim, apenas a atribuição de valor aos pedidos, apontando uma estimativa do "quantum" postulado com o intuito de fixar valor da causa e/ou arbitrar custas e honorários. O valor indicado no pedido somente servirá, nos termos da lei, para o cálculo do valor da causa, para fins de enquadramento no correto procedimento (ordinário, sumário ou sumaríssimo), e para o cálculo das custas, no caso de improcedência total dos pedidos. Assim, os valores indicados na petição inicial são meramente indicativos e não vinculantes. Embora se tenha presente o teor das novas regras do art. 840 da CLT, tem-se que não podem significar óbice ao acesso à Justiça do Trabalho. Não é razoável exigir a liquidação antecipada do pedido, já que este será objeto de análise posterior pelo Juízo - seria interpretar a nova redação do artigo 840, §1º, da CLT como se estivesse a



exigir uma prévia liquidação dos pedidos da inicial antes mesmo que dele tome conhecimento o Juiz e possa a parte contrária contestar a demanda. A exatidão dos valores postulados dependem da juntada de documentos pela reclamada no decorrer do processo.

Dá-se provimento ao recurso do reclamante para afastar a limitação da condenação aos valores indicados aos pedidos na petição inicial.

2. HORAS EXTRAS.

a) Utilização de Headset. Trabalho análogo a Call Center.

O reclamante alega que, até outubro/2018, realizou suas atividades em ambiente análogo a call center. Afirma que trabalhava preponderantemente em call center, mediante o uso de headset, equiparando-se às situações vivenciadas pelos operadores de teleatendimento/telemarketing. Diz que a reclamada não negou que havia a utilização de headset, tendo apenas afirmado que havia a realização de outras tarefas concomitantemente. Sustenta que se aplica a hipótese do item nº 2.1.1 do anexo II da NR 17/MTE.

O Juízo indeferiu o pedido, sob os seguintes fundamentos:

As pretensões estão relacionadas ao recebimento das horas extras, pela aplicação da jornada especial do art. 227 da CLT, sobrejornada e nulidade do regime compensatório e intervalo intrajornada.

Com efeito, a alegação do reclamante é de que, no exercício da função, fazia jus à jornada prevista no art. 227 da CLT, de seis horas, não observada pela reclamada.

A CLT, em seu art. 227, trata da condição de telefonista ou operador de mesa, isto é, daquele empregado que não executa outra tarefa senão completar ligações.

Todavia, no caso dos autos, ainda que o reclamante realizasse tarefas por meio de ligações telefônicas, quanto atuou como representante interno de vendas II e especialista de produtos interno I, esta não era sua única atribuição, visto que a própria testemunha DENISE, ouvida a convite do reclamante, menciona que os vendedores também realizavam atividades através de correios eletrônicos, o que está em consonância com a própria versão da petição inicial.

Cumprе salientar, ademais, que a reclamada não se confunde com empresa exploradora do serviço de telefonia, telegrafia submarina ou subfluvial, de radiotelegrafia ou de radiotelefonía, nos termos do art. 227, da CLT.

Desse modo, não verifico a atividade repetitiva e extenuante, enquadrável nos moldes dos art. 227 da CLT, descabendo falar em jornada reduzida.

Julgo, portanto, improcedente o pedido de recebimento de horas extras e reflexos, decorrente do pleito de aplicação da jornada de seis horas do art. 227 da CLT.

Examina-se.



O preposto da reclamada disse que que até outubro de 2018 todos usavam headset incluindo o reclamante.

A respeito do trabalho em teleatendimento, o anexo II da NR 17 dispõe a respeito do campo de aplicação que:

2. Campo de Aplicação

2.1 As disposições deste Anexo aplicam-se a todas as organizações 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.

2.1.1 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.

2.1.1.1 Este Anexo aplica-se, inclusive, a setores de organizações e postos de trabalho dedicados a esta atividade, além daquelas organizações especificamente voltadas para essa atividade-fim.

2.1.2 Entende-se 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.

Observa-se que a norma destina-se a todas as organizações que possuem serviço de teleatendimento para a prestação de serviços, informações e comercialização de produtos, na qual se incluem as atividades do reclamante. Observa-se ainda que não é exigido que a atividade seja conduzida exclusivamente por telefone, mas, sim, que seja realizada de forma preponderante por esta via.

Segundo a reclamada, o reclamante, no exercício de suas atividades, realizava diversas tarefas além de se relacionar com o cliente, como confecção de relatórios, lançamento de dados no sistema, pesquisas e estudo de mercado, elaboração de propostas, gerenciamento de casos, identificação de necessidades e soluções adequadas para o cliente, participava de reuniões e treinamentos, fazia atendimentos por e-mail, chat, etc.

A reclamada disse, ainda que, em agosto de 2016, o autor passou a exercer a função de Especialista. Suas atividades, além das descritas acima, consistiam em vender o licenciamento SW para o segmento e apoiar os times de linha em dúvidas mais básicas e simples dessa modalidade. Ex: qual Windows/Office é adequado para determinada máquina; qual a diferença de uma licença para outra; montar recomendações para clientes internos (os próprios vendedores) e os clientes externos (que ligavam ou entravam em contato). Essas atividades podiam ser feitas através do "ajuda direta" - quando um vendedor senta do lado do representante de vendas para auxiliá-lo - e/ou podia fazer interações por telefone e e-mails.



O Ministério do Trabalho e Emprego apresenta a seguinte definição para a ocupação dos "operadores de telemarketing", a saber:

"4223 : Operadores de telemarketing. (...)

4223-05 - Operador de telemarketing ativo - Operador de teleatendimento ativo (telemarketing) , Teleoperador ativo (telemarketing) (...)

Descrição sumária: 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."

Observa-se que as atividades extras realizadas pelo reclamante não desnaturam a sua função principal de televendas. O fato de ele enviar *emails* e realizar outras atividades não descaracteriza a realização de função análoga a de telemarketing. Aliás, não se cogitaria que o reclamante, contratado como representante interno de vendas, trabalhasse de outra forma.

Não prospera o argumento da reclamada de que o artigo 227 da CLT somente regeria atividades específicas, nas quais não se enquadraria a reclamada. Vale lembrar que a CLT foi criada há 80 anos e, desde então, o avanço tecnológico e a globalização acarretaram mudanças significativas no mercado de trabalho. O trabalho de telefonista, em seus primórdios, consistia em uma pessoa - mulher solteira - receber uma ligação e repassar para um terceiro, conectando um pino na tomada do telefone correspondente. Com a invenção do telefone por chamada direta, tal trabalho deixou de existir. Já o telemarketing popularizou-se no Brasil na década de 1980 e, em 1990, os negócios realizados por telefone passaram a ser protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Tais considerações são relevantes para ilustrar que a legislação não deve ser interpretada literalmente.

E, nessa ordem de ideias, deve-se considerar que a definição de telemarketing vai além de realizar vendas por telefone. Qualquer operação comercial realizada por meio do telefone é considerada telemarketing, desde o pré e pós-venda, passando por cobranças, suporte técnico e atendimento ao cliente. A utilização de headset reforça a necessidade contínua de utilização de telefone. Não se acolhe a alegação da defesa de que se trata de uma mera comodidade fornecida pela reclamada, na medida em que, também como referido pela reclamada na defesa, o reclamante trabalhava em uma sala coletiva, sendo evidente que se tratava de uma necessidade para a realização do serviço, sob pena de não ser possível ouvir o interlocutor.

Registre-se que o Inquérito Civil instaurado pelo MPT foi arquivado porquanto "nos dados de momento" não haveria embasamento para caracterização de telemarketing. Ou seja, o Órgão Ministerial não foi conclusivo quanto ao enquadramento dos trabalhadores, não servindo para afastar as conclusões deste Relator.



Quanto ao relatório talktime trazido pela reclamada, trata-se de documento produzido de forma unilateral, tendo sido impugnado expressamente pelo reclamante, razão pela qual não se acolhe como meio de prova.

Por fim, salienta-se que a OJ 273 da SDI-I do TST foi cancelada, consolidando-se o entendimento de que os operadores de telemarketing tem direito à jornada de trabalho reduzida de seis horas diárias e 36 horas semanais. Essa mudança de entendimento teve por escopo reconhecer direito a uma jornada reduzida de seis horas aos empregados operadores de telemarketing com base no reconhecimento de que sua atividade preponderante nessa função é análoga à dos telefonistas, para a qual o artigo 227 da CLT estabelece essa jornada reduzida como forma de compensar o desgaste desses trabalhadores, preservando sua higidez física e mental ao longo da prestação diária de serviços. Ademais, o item 6.3 do Anexo II da Norma Regulamentar 17 dispõe que "O tempo de trabalho em efetiva atividade de teleatendimento /telemarketing é de, no máximo, 6 (seis) horas diárias, nele incluídas as pausas, sem prejuízo da remuneração."

Aplica-se, ainda, a Súmula 178 do TST:

SUM-178 TELEFONISTA. ART. 227, E PARÁGRAFOS, DA CLT. APLICABILIDADE

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.

Neste sentido, os seguintes julgados deste Tribunal:

ASSISTENTE DE SUPORTE TÉCNICO AO CLIENTE POR MEIO DE CONTATO TELEFÔNICO. ENQUADRAMENTO LEGAL NA CARGA HORÁRIA DE TRABALHO PREVISTA NO ARTIGO 227, DA CLT. O trabalhador que presta suporte técnico ao cliente por meio de contato telefônico, desenvolvendo essa atividade de forma preponderante com o uso de aparelho telefônico durante sua jornada de trabalho, ante à condição de trabalho similar aos empregados que exercem a função de telefonista, tem assegurado, por analogia, o seu enquadramento na carga horária de trabalho prevista no art. 227 da CLT. (TRT da 4ª Região, 2ª Turma, 0020771-47.2021.5.04.0221 ROT, em 24/03/2023, Desembargadora Tânia Regina Silva Reckziegel)

HORAS EXTRAS. OPERADORA DE TELEMARKETING. JORNADA REDUZIDA. Tendo em vista que a atividade primordial da reclamante consistia no uso de telefone e fones de ouvido do tipo headset, entende-se que a sua função se equipara às atribuições típicas de telefonista, o que, por interpretação extensiva, atrai a incidência do artigo 227, caput, da CLT, notadamente quanto à jornada ordinária de seis horas. (TRT da 4ª Região, 1ª Turma, 0020548-43.2019.5.04.0002 ROT, em 01/08/2022, Carmen Izabel Centena Gonzalez)

Colacionam-se julgados do TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO REGIDO PELO CPC/2015 E PELA IN Nº 40/2016 DO TST. HORAS EXTRAS. ATIVIDADE PREPONDERANTE DE OPERADORA DE TELEMARKETING. FUNÇÕES ANÁLOGAS



ÀS DE TELEFONISTA. JORNADA DE SEIS HORAS DIÁRIAS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 227 DA CLT E DA SÚMULA Nº 178 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Consta do acórdão regional que , pela prova oral , comprovou-se que as atividades desenvolvidas pela reclamante eram precipuamente as de atendimento telefônico com fones de ouvido. Consignou que "a prova oral foi uníssona em comprovar que, a partir de julho/2015, a autora passou a atuar com telemarketing, fazendo vendas por telefone", visto que "o fato de a autora, eventualmente, atender a algum cliente de forma presencial não desnatura a função principal: telemarketing". Concluiu o Tribunal Regional do Trabalho, com base na prova testemunhal, que a atividade da reclamante estava entre aquelas sujeitas à jornada diária de seis horas . A iterativa, notória e atual jurisprudência do TST posiciona-se no sentido de que o exercício de atividade preponderante de operador de telemarketing garante ao empregado o direito à jornada de trabalho de seis horas diárias, ainda que eventualmente realize outras tarefas (precedentes). No que diz respeito à aplicabilidade da previsão contida no artigo 227 da CLT, ressalta-se que, após o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 273 da SBDI-1, em sessão extraordinária do Tribunal Pleno, ocorrida em 24/5/2011, esta Corte vem consolidando o entendimento de que se deve aplicar aos operadores de telemarketing a jornada de trabalho reduzida de seis horas diárias e 36 horas semanais. Essa mudança de entendimento teve por escopo reconhecer direito a uma jornada reduzida de seis horas aos empregados operadores de telemarketing com base no reconhecimento de que sua atividade preponderante nessa função é análoga à dos telefonistas, para a qual o artigo 227 da CLT estabelece essa jornada reduzida como forma de compensar o desgaste desses trabalhadores, preservando sua higidez física e mental ao longo da prestação diária de serviços. Ademais, o item 5.3 do Anexo II da Norma Regulamentar 17 dispõe que "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" . Com efeito, tendo a Corte a quo, com base nas provas dos autos, concluído que as atividades exercidas pela reclamante eram análogas às de telefonista, faz jus, então, a obreira à jornada reduzida prevista no artigo 227 da CLT, o qual estipula, aos empregados nos serviços de telefonia, a duração máxima da jornada de trabalho de seis horas contínuas por dia ou trinta e seis horas semanais, em conformidade com a Súmula nº 178 do Tribunal Superior do Trabalho, in verbis: "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" (precedentes) . Agravo de instrumento desprovido . (TST - AIRR: 8868620165120031, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 08/05/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/05/2018)

"RECURSO DE REVISTA. DURAÇÃO DO TRABALHO. OPERADOR DE TELEMARKETING. 1) Até o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 273 da SBDI-1, publicado em 31/05/2011, esta Corte entendia que a jornada prevista no artigo 227 da CLT somente se aplicava aos empregados de empresas de telefonia que exercessem seus serviços exclusivamente na ligação e no atendimento de ligações telefônicas. Evoluiu a jurisprudência, com os olhos fixos na máxima efetividade das normas constitucionais (artigo 7º, XXII), adotando agora posicionamento no sentido de que, se o empregado exerce a função de atendente de telemarketing ou outra função em que a atividade de telefonia é a preponderante, como no caso de recuperadora de crédito, se a atividade preponderante é a de telefonia, ainda que envolva algumas atividades acessórias, como atendimento ao público, vendas para o empregador, etc, aplica-se, por analogia as disposições do artigo 227 da CLT e a exegese da Súmula nº 178 do TST, pois presente, também nesses casos, a penosidade que é o fato gerador da proteção legal. Precedentes. 2) Surge isenta de dúvida a comprovação da ativação da reclamante como agente de televendas. O acórdão regional registra que a instrução processual apontou que a reclamante ocupava 89% da jornada (7h48) realizando ligações para clientes. Além disso, o acórdão regional confirma ainda que a reclamante laborava exclusivamente por meio telefone do tipo headset, de forma que não há que se



falar que a utilização de fone de ouvido era sempre de forma esporádica-. Desse modo, torna-se incontroversa a ativação da reclamante como operadora de telemarketing. Não conhecido. [...]". (RR-687-63.2014.5.09.0663, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 24/2/2016, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 4/3/2016)

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTERIORMENTE À LEI Nº 13.015/2014. JORNADA DE TRABALHO. OPERADORA DE INFORMAÇÕES. ATIVIDADE DE TELEATENDIMENTO. FUNÇÃO PREPONDERANTE ANÁLOGA À DE TELEFONISTA. APLICAÇÃO DA JORNADA PREVISTA NO ARTIGO 227 DA CLT. Conforme registrado no acórdão recorrido, a autora exercia atividade de teleatendimento e seu labor ocorria, "preponderantemente, junto ao telefone". A jurisprudência do TST é firme no sentido de que se aplica a jornada reduzida de que trata o art. 227 da CLT, por analogia, aos operadores de telemarketing/teleatendimento, quando há o exercício de atividades exclusivas ou preponderantes de telefonista, como é o caso dos autos. Recurso de revista conhecido e provido, no particular. (TST - RR: 13351720125090662, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 18/03/2020, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/03/2020)

Desa forma, acolhe-se o pedido de enquadramento na jornada especial reduzida de seis horas diárias e 36 horas semanais.

b) Invalidez dos registros de ponto - jornada laborada e labor remoto. Intervalos.

O reclamante alega que realizava horas extras e que, a partir de 2018, passou a trabalhar de forma remota, sem a possibilidade de registrar corretamente o horário trabalhado. Sustenta que usufruía de intervalo de 30 minutos e que o banco de horas era irregular. Afirma que os registros de horário não atendem aos requisitos mínimos de validade, pois eram manipuláveis.

O Juízo negou provimento ao pedido, sob os seguintes fundamentos:

Quanto à sobrejornada, de outro lado, os controles de ponto anexados aos autos contêm horários variáveis, registrando, inclusive, a existência de horas extras; além de os cabeçalhos de ponto indicarem o período destinado à fruição do intervalo intrajornada (CLT, art. 71), atendendo o disposto no art. 74, § 2º, da CLT, quanto à pré-assinalação do período de repouso.

O reclamante alega na petição inicial que de fevereiro de 2015 a setembro de 2016, trabalhava das 08h00min às 18h00min, assim como de outubro de 2016 até outubro de 2018, das 08h00min às 17h48min.

Todavia, o cotejo dos controles de ponto demonstra a marcação de jornadas compatíveis com as declinadas pelo reclamante. Como exemplo, cito o dia 27/04/2016, quando a jornada realizada foi das 07h55min às 18h07, fl. 372.

O mesmo ocorre em outubro de 2016, fl. 387, por exemplo.

O reclamante sustenta que, a contar de outubro de 2018, laborava até 4 horas fora do expediente, via acesso remoto, respondendo a correios eletrônicos por expressa determinação do empregador, ou preparando projetos e desempenhando atividades ligadas à empresa.



Os controles de ponto consignam o início de jornadas às 07h22min, bem assim o término às 17h59min, como nos dias 28/08/2019 e 21/08/2019, respectivamente, fl. 455.

A testemunha DENISE expõe que não havia determinação por parte do empregador para que o trabalho fosse realizado de casa, assim como que a jornada extraordinária poderia ser registrada, mas que recebia advertências.

Entretanto, o autor não menciona que tenha recebido qualquer punição pelo registro das jornadas, conforme versão da petição inicial.

A testemunha RENATA apregoa que os horários de entrada e de saída são registrados.

A testemunha EMERSON menciona que era possível o controle das horas extras realizadas e registradas.

Diante de todo o exposto, impõe-se a prevalência dos controles de ponto anexados como prova da jornada, entendendo-se pela fruição regular de intervalo intrajornada e regularidade das marcações de horário, não se cogitando a prestação de trabalho sem o efetivo registro.

Com relação ao regime compensatório, os cartões-ponto evidenciam a implementação tanto de compensatório semanal, com prestação de labor cinco dias na semana, à razão de 8 horas e 48 minutos por dia, bem como banco de horas, com acréscimo das horas laboradas além da 44ª semanal.

As normas coletivas da categoria, contudo, autorizavam a adoção de ambos os regimes compensatórios (p. ex., cláusulas 33ª e 34ª da Convenção Coletiva 2014/2015, fls. 566-567, bem como acordo coletivo específico quanto ao banco de horas, fl. 540), e os controles de ponto evidenciam o respeito aos requisitos fixados coletivamente.

Além disso, havia a concessão de folga compensatória, com observância, inclusive, da previsão benéfica instituída na norma coletiva, de que cada hora trabalhada em sábados, domingos e feriados seria equivalente a 1 hora e 30 minutos da jornada normal, para fins compensatórios (p. ex., fl. 542), como no dia 25/11/2017 (fl. 429).

Ainda, noto que havia a apuração e pagamento de horas extras não compensadas pelo banco de horas, conforme controles e demonstrativos de pagamento (p. ex., fl. 298).

Destaco, outrossim, que não havia labor sob condições insalubres (CLT, art. 60).

Ademais, implementado o banco de horas, regime compensatório mais amplo, não há falar em nulidade ante a prestação habitual de horas extras (TST, Súmula 85, inciso V), entendendo-se que a compensação dentro da semana, aliás, é compatível com o banco de horas.

Logo, os regimes compensatórios adotados, semanal e banco de horas, são válidos, não se cogitando o deferimento de horas extras por tal motivo.

Desse modo, observada a validade dos controles de ponto, competia ao reclamante demonstrar a existência de diferenças na apuração e pagamento de horas extras, a partir dos controles de ponto e dos demonstrativos de pagamento, o que não logrou fazer, não apresentando um demonstrativo válido, cingindo-se a apresentar diferenças de acordo com a versão da petição inicial, inclusive quanto ao intervalo intrajornada, o que não prospera.



Ainda, o exame dos contracheques revela que as horas extras foram adimplidas com os adicionais benéficos, previstos nas normas coletivas, o que observa a Súmula 264, do TST.

Por conseguinte, indefiro todos os pedidos decorrentes da jornada de trabalho.

Examina-se.

Na inicial, o reclamante alega que, de fevereiro de 2015 a setembro de 2016, iniciava sua jornada de trabalho por volta das 8h, findando às 18h, de segundas a sábados, gozando de 30 minutos de intervalo para repouso e alimentação. A partir de outubro de 2016 até outubro de 2018, a sua jornada laboral passou a ser das 8h às 17h48, de segundas a sextas, com intervalo de 30 minutos para repouso e alimentação. A partir de outubro de 2018, o reclamante laborava de 1 a 2 horas, fora do expediente, por meio de token/vpn, via acesso remoto, além de responder a e-mails fora do horário de expediente por expressa determinação do empregador. Em outubro de 2018, quando passa a exercer o cargo de Especialista 2, a sua jornada de trabalho, era de segunda a sexta, iniciando-se por volta das 7h/8h, estendendo-se até 18h, em média, com 30 minutos de intervalo para repouso e alimentação. Ademais, de 2 a 3 vezes, por semana, laborava mais 2 a 4 horas, após o expediente, em casa, preparando projetos e desempenhando atividades ligadas à empresa.

A testemunha ouvida a convite do reclamante disse que:

"(...) acha que o vendedor gastasse bem mais do que 2h diariamente, para alcançar as metas; que no intervalo de almoço apenas comiam e já voltavam para o posto de trabalho; que respondia muitos e-mails de casa; que em casa trabalhava de 2 a 4 horas entre responder a e-mail e outras tarefas; que acha que isso também ocorria com o reclamante; que nunca teve acesso ao banco de horas; que tanto a depoente quanto o reclamante atendia os projetos de mesmas complexidade, sendo par, dividindo a jornada no segmento; que tinha acesso ao sistema Pópolis, quando não conseguia bater a saída, ingressando para ajustar e lançar a jornada dentro do que a reclamada considerava aceitável, tendo acesso ao registro não lembrando se tinha vista do banco de horas por este sistema; (...) que de 2 a 3 vezes por semana acessava o sistema de casa, fazendo trabalho remoto depois do sua jornada normal; que não havia ninguém dizendo para que trabalhassem de casa, mas tinham que trabalhar de casa para atender a demanda; que poderia registrar o horário realizado após a jornada normal mas recebia advertência, quando fazia; (...)

A primeira testemunha ouvida a convite da reclamada disse que:

"(...) faziam 1h de intervalo para almoço; que algumas vezes almoçou com o reclamante; que conseguiam fazer 1h de almoço; que o intervalo era registrado no posto; que registravam o horário de entrada e saída; que acessavam o sistema ADP, pela internet, onde verificam os registros de ponto e o banco de horas; que era possível tirar folgas pelo saldo do banco de horas; (...)"

A segunda testemunha ouvida pela reclamada disse que:



"(...) almoçou algumas vezes com o reclamante, tendo conseguido fazer 1h; que registravam o horário de trabalho; que podiam acompanhar horas extras, faltas, horas devendo, etc, pelo sistema Pópolis; que poderia negociar com a liderança folgas com o saldo de banco de horas; que não sabe se isso ocorria com o reclamante; (...) que a reclamada tem regra para que os empregados não trabalhem mais do que 10 horas, sob pena de advertência; que todos os horários trabalhados ficam registrados no ponto; que não vai dizer que nunca trabalhou fora do horário de trabalho porque eventualmente isso acontecia; que isso ocorria duas vezes por semana, quando trabalhava em média de 1 a 2 horas; que nada pode falar sobre as horas trabalhadas além do horário pelo reclamante; (...) que conseguia cumprir o horário de intervalo integralmente; que não sabe se o reclamante fez intervalo menor do que 1h, mas quando almoçou com o depoente sempre fez o intervalo integralmente; que quando trabalhou além do horário não registrou no ponto; que diariamente conhece acompanhar o banco de horas, acreditando que isso também acontecia com o reclamante; que o depoente acessava e-mail de casa; (...)"

Analisando-se os depoimentos das testemunhas, é possível constatar que os registros de horário não retratam a real jornada de trabalho do empregado. Note-se que a segunda testemunha ouvida a convite da reclamada disse que não era possível registrar jornadas superiores a 10 horas e que, quando trabalhou em sobrejornada não registrou as horas trabalhadas. Disse que isso ocorria duas vezes por semana, quando trabalhava de 1h a 2h além da jornada.

A testemunha ouvida a convite do reclamante disse que acessava o sistema em casa de 2 a 3 vezes por semana, fazendo trabalho remoto. Disse que gastava de 2h a 4h para responder emails, entre outras tarefas.

Do cotejo da jornada informada pelo reclamante com os registros de horário, constata-se que os horários registrados estão de acordo com a jornada alegada pelo, exceto quanto ao trabalho remoto, a respeito do qual, além de ser plausível, pela observação do que ocorre em atividades semelhantes, as testemunhas o confirmaram.

Com relação aos intervalos, tem-se que a prova oral, de seu cotejo, não ampara as alegações do autor, não sendo devido o pagamento dos intervalos como horas extras.

Considerando-se que não era possível o registro integral da jornada trabalhada, declara-se inválido o banco de horas adotado pela reclamada.

Diante dos fundamentos expendidos, arbitra-se que o reclamante, em duas oportunidades por semana, trabalhava duas horas além da jornada registrada nos cartões ponto.

c) Conclusão.



Dá-se provimento ao recurso ordinário do reclamante para condenar a reclamada ao pagamento das horas excedentes a 6 horas diárias e 36 horas semanais, observando-se a jornada constante dos cartões ponto acrescidas de 2 horas diárias em duas oportunidades por semanas, o divisor 180, com reflexos em repouso semanais remunerados, férias acrescidas de 1/3, 13º salário, aviso prévio e FGTS com a multa de 40%.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA.

1. EQUIPARAÇÃO SALARIAL.

A reclamada alega que o reclamante e a paradigma não exerciam suas atividades de forma idêntica e com a mesma perfeição técnica e produtividade. Aduz que a quota da paradigma sempre foi muito maior do que a do autor. Sustenta que os clientes atendidos pelo autor e pela modelo não eram os mesmos, não faziam parte do mesmo seguimento, sendo que aqueles atendidos pela modelo eram de maior complexidade, demandavam o trabalho de outras equipes envolvendo valores superiores. Aduz que a prova testemunhal informa que a modelo treinou o autor para as atividades de especialista e que tinha mais experiência e conhecimento. Sustenta que as atividades da paradigma eram mais complexas, demandando maior volume de trabalho.

O Juízo reconheceu o direito do autor à equiparação salarial, sob os seguintes fundamentos:

O exame da pretensão fica restrito entre o mês de outubro de 2018 e a extinção do contrato de trabalho, observados os limites objetivos da demanda, delimitados pelo item "b" do rol de postulações.

O reclamante foi contratado em 03/02/2015 na função de representante interno de vendas II. Em 08/2016, passou a especialista de produtos interno I. Após, em 11/2018, passou para a função de especialista interno de produtos II, função que exerceu até a extinção do contrato de trabalho, conforme ficha de registro de empregado, fl. 229.

Por outro lado, o paradigma foi admitido em 04/2018 na função de especialista interno de produtos II, segundo ficha de empregado de fl. 456.

Logo, observado o requisito temporal previsto no art. 461, § 1º, da CLT.

Observe-se que o salário do reclamante em novembro de 2018 era de R\$ 3.215,63, enquanto o do paradigma era de R\$ 4.028,77.

Como constato, a tese defensiva é de realização de atividades mais complexas pelo paradigma. Os documentos de fls. 530-536, entretanto, não permitem concluir nesse sentido, uma vez que sequer constam as atividades efetivamente desempenhadas e as empresas atendidas.

O reclamante diz em seu depoimento que não havia diferença entre o trabalho por ele prestado e pelo paradigma, inclusive atendendo os mesmos clientes.



As testemunhas RENATA e EMERSON referem que o reclamante e o paradigma exerciam as mesmas funções, mas com a última realizando atividades mais complexas, apregoam que o autor o substituía em suas férias.

Contudo, o próprio paradigma declara: "que a depoente e o reclamante faziam as mesmas funções trabalhando com os mesmos clientes; que trabalhavam no mesmo segmento; que treinavam equipes e desenvolviam projetos; [...] que tanto a depoente quanto o reclamante atendia os projetos de mesmas complexidade, sendo par, dividindo a jornada no segmento; [...] que durante a jornada atendiam os mesmos clientes e se substituem nas férias." (fls. 732-733)

Assim, entendo evidenciado que as atividades desempenhadas pelo paradigma não eram mais complexas, prevalecendo o depoimento do paradigma.

Destarte, considerando a prova dos autos, acolho, como verdadeiras, as alegações da peça inicial quanto ao exercício da mesma função e com mesma perfeição técnica e produtividade que o paradigma, inexistindo fato impeditivo à equiparação (CLT, art. 461).

Pelo exposto, nos limites do pedido, defiro ao reclamante diferenças salariais por equiparação ao paradigma DENISE CASTAMANN, a se apurar em liquidação, com reflexos em aviso-prévio, em horas extras, em férias acrescidas de 1/3, em 13º salários e no FGTS com 40%.

Não constato pagamentos a título de gratificação semestral, razão pela qual não há reflexos na parcela.

Os valores das diferenças serão apurados em liquidação, observado apenas o salário base dos equiparados, considerando que as parcelas variáveis dependiam da atuação dos equiparandos, competindo ao reclamado trazer a documentação eventualmente faltante, sob pena de arbitramento, à luz dos documentos já existentes. Os demais critérios serão fixados em liquidação.

Por fim, o reclamado deverá proceder no prazo de cinco dias úteis a contar de intimação específica, após o trânsito em julgado e a apuração dos valores devidos, à retificação da CTPS (CLT, art. 29), fazendo constar o salário decorrente da equiparação salarial ora reconhecida, sob pena de multa de R\$ 100,00 por dia de atraso no cumprimento da obrigação, até o limite de R\$ 1.000,00 (CPC, art. 536, § 1º), sem prejuízo de execução da multa e cumprimento pela Secretaria (CLT, art. 39).

A sentença não comporta reforma.

Dispõe o artigo 461 da CLT:

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

§ 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.

Ainda, assim preconiza a Súmula n. 6 do TST:



EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT.

(...)

II - Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego.

III - A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação. (...)

VI - Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal, de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior ou, na hipótese de equiparação salarial em cadeia, suscitada em defesa, se o empregador produzir prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto. (...)

VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.

Consoante disposições acima transcritas, é devida a equiparação salarial quando equiparando e paradigma, no exercício de funções idênticas, prestam trabalho de igual valor a um mesmo empregador, na mesma localidade, inexistindo, entre eles, diferença de tempo de serviço superior a dois anos naquela mesma função, e dependendo de a empresa não contar com quadro de pessoal organizado em carreira.

Analisando-se a prova produzida nos autos, constata-se que a reclamante e a paradigma realizavam as mesmas atividades, ainda que em locais distintos.

O fato constitutivo à configuração do direito à equiparação salarial é, pois, a identidade de funções - das tarefas e atribuições desenvolvidas pela equiparanda, sendo da parte autora o ônus da prova, de acordo com o artigo 818 da CLT, do qual se desincumbiu.

Veja-se que a própria paradigma reconheceu que ela e o reclamante "faziam as mesmas funções trabalhando com os mesmos clientes; que trabalhavam no mesmo segmento; que treinavam equipes e desenvolviam projetos".

Além disso, as testemunhas disseram que o reclamante e a paradigma tinham atividades semelhantes, com clientes diferentes e, além disso, o reclamante substituía a paradigma nas férias.

De acordo com a prova oral produzida, especialmente do depoimento da paradigma, fica nítido que o reclamante e a paradigma exerciam as mesmas atividades, fazendo jus o autor, à equiparação salarial.

Nego provimento.



2. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS.

Confiante no provimento do recurso, a reclamada requer sua absolvição do pagamento de honorários sucumbenciais.

Sem razão.

Mantida a sentença nos tópicos impugnados pela reclamada, além de provido parcialmente o recurso do autor, são devidos os honorários deferidos na origem.

Nego provimento.

g.

LUIZ ALBERTO DE VARGAS

Relator

VOTOS

DESEMBARGADOR MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO:

Acompanho o voto do nobre Relator.

DESEMBARGADORA LUCIANE CARDOSO BARZOTTO:

Peço vênia para divergir.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA.

1. EQUIPARAÇÃO SALARIAL.

Entendo que a reclamada desincumbiu-se de comprovar o fato impeditivo da equiparação salarial, relativo à diferença de produtividade da paradigma em relação ao reclamante. Como referido na defesa (ID. 3e4e864 - Pág. 20), os documentos de IDs. e2f5748, e789b2d e b0a76ba demonstram que os valores das quotas atribuídas à paradigma eram muito superiores aos do reclamante, justificando a diferença salarial. A título de exemplo, observo que no ID. e2f5748 - Pág. 2, a quota do reclamante corresponde a 61,48% da quota da paradigma (3.961.718,09).



Considero que a falta de tradução juramentada não impede a consideração dos documentos, pois a informação pertinente ao deslinde do feito não necessita de tradução, já que a palavra "quota" é também utilizada em português brasileiro e os respectivos números não necessitam de tradução.

Além disso, o reclamante não impugnou especificamente a alegação expressa na contestação de que paradigma possuía quota muito superior à sua.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso ordinário da reclamada para afastar a condenação em diferenças salariais por equiparação à paradigma Denise.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR LUIZ ALBERTO DE VARGAS (RELATOR)

DESEMBARGADOR MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO

DESEMBARGADORA LUCIANE CARDOSO BARZOTTO

