



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

RECURSO ORDINÁRIO

Processo TRT/SP Nº 0002977-52.2012.5.02.0037

ORIGEM: 37ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO
RECORRENTES: 1. TIVIT TERCEIRIZAÇÃO DE PROCESSOS SERVIÇOS E TECNOLOGIA S/A
2. RUTE APARIZ DE SOUZA
RECORRIDO: BANCO IBI S/A BANCO MÚLTIPLO

Vínculo de emprego. Bancário. Enquadramento. O ordenamento jurídico não impede a prestação de serviços específicos de uma empresa a outra, ainda que relacionados ou necessários à atividade da tomadora. É o princípio da livre iniciativa, calcado por sua vez no princípio da liberdade jurídica – o de fazer o que a lei não proíbe e de não fazer o que ela não manda. Empresa contratada que também não atua exclusivamente para a contratante. Recurso da autora que se nega provimento, nesse ponto.

Contra a sentença de fls. 287/298, em que o juízo de origem julgou procedente em parte o pedido, recorrem corré TIVIT e a autora. A TIVIT (fls. 300/306) questiona a equiparação salarial e o deferimento das horas extras decorrentes do intervalo intra-jornada, indenização de danos morais e honorários de advogado. E a autora, por sua vez (fls. 327/352), insiste no reconhecimento do vínculo de emprego com o BANCO IBI/SA - BANCO MÚLTIPLO, bem como no deferimento dos benefícios da categoria dos bancários ou, em caráter sucessivo, da categoria dos financeiros, ou ainda o ressarcimento dos prejuízos materiais. Insiste também nas horas extras acima da sexta

diária e trigésima semanal e na elevação do valor da indenização de danos morais. Por fim, pede que se aplique o art. 475-J do Código de Processo Civil e a responsabilização das rés pelas contribuições fiscais e previdenciárias.

Contrarrazões da autora a fls. 310/313, da TIVIT a fls. 355/363, e do Banco Múltiplo a fls. 364/371. Preparo a fls.304V/305.

Recursos adequados e no prazo. O da autora não pede preparo (fls. 52 e 296). O da ré veio com preparo correto. Subscritos por advogados regularmente constituídos. Atendidos também os demais pressupostos de admissibilidade. Conheço.

RECURSO DA TIVIT

Equiparação salarial. Questiona a recorrente o deferimento da equiparação salarial. Alega que o paradigma, Alexandre Oliveira, não é seu empregado e que não pode fazer prova negativa. Não tem razão, entretanto. A testemunha trazida pela autora, Haracelly Cristine, confirmou que o paradigma era empregado da recorrente e que desempenhava as mesmas funções da autora (fl. 179). E a recorrente, por sua vez, nada provou em contrário. Apenas se limitou a dizer que o paradigma não era seu empregado, e mais nada, o que, por sinal, é bem cômodo. E não se venha dizer sobre prova de fato negativo, até porque *a moderna doutrina sustenta que o fato negati-*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

vo pode ser objeto de prova, pois não há na lei processual nada que inviabilize a prova do fato negativo. Além disso, como dizia Chiovenda, quem faz uma negação, na verdade, realiza uma afirmação (Mauro Schiavi, *Provas no Processo do Trabalho*, 3ª edição, LTr, 2013, p. 74). No mais, e segundo o princípio da aptidão para a prova, o ônus é atribuído à parte que tem os meios e as condições de produzi-la. Ou seja, tinha a recorrente muito bem como fazer essa prova. Mantenho.

Horas extras. Questiona a recorrente o deferimento das horas extras. Insiste que a decisão afronta a Súmula 85 do Tribunal Superior do Trabalho. Alega que se a autora sempre trabalhou em regime de escala 10 x 4 é porque houve acordo tácito entre as partes. Diz, mais, que a autora, em algumas semanas, não trabalhou mais que 25 horas, em razão das compensações. Não tem razão, também quanto a isso. Esclareça-se, antes de tudo, que a recorrente não juntou os cartões de ponto, de modo que prevalece a jornada apontada na petição inicial (das 6h30 às 16h, com 30 minutos de intervalo, de segunda a domingo, em escala 10 x 4), jornada essa confirmada pela única testemunha ouvida (fl. 179). E a recorrente, por sua vez, não fez prova alguma em contrário. Como bem destacado pelo juízo de origem, diante da escala adotada e os horários de trabalho observados pela autora, em algumas semanas era ultrapassado o limite máximo de 44 horas semanais. E não venha a recorrente invocar, agora, em recurso, a Súmula 85 do Tribunal Superior do Trabalho, assunto não ventilado na defesa. No mais, e como bem observado na origem, não há nos autos qualquer prova de

estipulação dessa jornada ou de eventuais compensações por negociação coletiva. Mantenho.

Indenização de danos morais. Aqui decido em conjunto os recursos, já que revolvem a mesma matéria. A ré insiste que a autora não fez prova do ato ilícito nem do suposto dano. A autora, por sua vez, insiste que o valor da indenização deve ser maior, em razão do caráter pedagógico que deve representar e da condição econômica da ré. Pois bem. A prova oral confirmou as alegações da autora. A testemunha Haracelly conta que o supervisor Fabio retransmitiu em “viva voz”, para um grupo de outros seis empregados, a conversa que ocorria entre ele e a autora, bem como uma gravação de atendimento por ela realizado. Disse diante de todos que *“parecia que ela estava atendendo no sofá da casa dela”*, que ela *“estava atendendo de uma forma muito cômoda”* (fl. 179). Evidente, no caso, o abuso do poder diretivo conferido ao empregador, pois nada autoriza esse constrangimento. Se o trabalho da autora estava abaixo da expectativa, se a forma como atende os clientes não é a mais adequada, caberiam medidas outras para orientá-la, mas de forma alguma colocá-la numa vitrine, como bode expiatório, e sujeitá-la a essa humilhação. A ré até poderia utilizar a gravação como exemplo, o que seria plenamente justificável, mas que ocultasse a identificação do atendente. Lembre-se que a exposição humilhante e gratuita afronta não só a honra como a própria dignidade do trabalhador. Nem seria preciso dizer que nenhum empregado deve se submeter a esse tipo de constrangimento e nenhum em-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

pregador deve se valer desses expedientes para lidar com seus subordinados ou para obter produtividade. Por fim, e quanto ao valor da indenização, está pacificada na doutrina e na jurisprudência a ideia de que a reparação, se de um lado não pode ser apenas simbólica para o agressor, também não pode, de outro lado, servir de enriquecimento para a vítima, já que aí não se teria apenas reparação, mas reparação cumulada com sanção, o que não tem previsão no nosso ordenamento. Por isso, o arbitramento da reparação deve levar em conta a condição sócio-econômica das partes envolvidas, o grau de ofensa e as circunstâncias específicas que cercaram o fato. São dois, enfim, os objetivos a serem alcançados: o desestímulo e a compensação. Pelo primeiro, pretende-se que se corrija o agressor, que se mostre a ele a reprobção social de sua conduta e que também sirva de exemplo para a conscientização geral. Pelo segundo, pretende-se uma reparação relativa do dano sofrido, e digo aí relativa porque o dano moral não é medida concreta e matemática. A razoabilidade e a proporcionalidade são os critérios que devem balizar o arbitramento, para que se evitem injustiças de parte a parte. Até porque, nas palavras de Caio Mário, se é certo “que a indenização, em termos gerais, não pode ter o objetivo de provocar o enriquecimento ou proporcionar ao ofendido um avantajamento, por mais forte razão deve ser equitativa a reparação do dano moral para que não se converta o sofrimento em móvel de captação de lucro” (*Responsabilidade civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 318). Isso tudo considerado, é razoável o valor arbitrado na origem, R\$ 6.000,00, suficiente não só para que a empresa tenha consciência da gravidade da conduta – com o que se alcança o efeito pedagógico da reparação – mas para que também a

autora se veja compensada da situação vexatória a que foi submetida. Pode parecer muito para a ré, como talvez pouco para a autora. Mas não se pode dizer que seja valor desprezível, nem para um nem para outro. A justa medida dessa reparação, enfim, não é questão simples. Mas o valor arbitrado, no contexto específico da causa, é o que melhor atende àqueles parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade. Mantenho.

Honorários de advogado. Na Justiça do Trabalho os honorários de advogado são devidos apenas quando a parte está assistida pelo sindicato e, além disso, é beneficiária da Justiça Gratuita. Esse entendimento é tranquilo no Tribunal Superior do Trabalho (item I da Súmula 219 e também da OJ 305 da SbDI-I). No caso, a autora não preenche tais requisitos, pois está assistida por advogado particular. E não existe direito à indenização de honorários. Quem pede honorários de advogado ou indenização correspondente aos honorários de advogado, pede exatamente a mesmíssima coisa. A ordem dos fatores não altera produto. Não há aí diferença alguma, senão apenas um expediente para se contornar a jurisprudência em sentido contrário, sedimentada no Tribunal Superior do Trabalho. Dou provimento ao recurso, nesse ponto, para excluir da condenação a indenização de perdas e danos por contratação de advogado particular.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

RECURSO DA AUTORA

Vínculo de emprego com o Banco Múltiplo. Insiste a recorrente no reconhecimento do vínculo de emprego com o Banco Múltiplo. Mas não tem razão. Não há elementos nos autos a confirmar que a autora era empregada da instituição financeira. A leitura do depoimento pessoal, como também o da testemunha Haracelly, mostram que a autora não era subordinada a empregados do Banco Múltiplo. Muito ao contrário. Ela tinha contato com esses empregados porque dava suporte à área de TI do Banco. Ajusta-se ao caso a Súmula 331, III, do Tribunal Superior do Trabalho. Vejamos. A autora confessa que *fazia monitoração de sistema, transações de cartões tanto para clientes como internamente, atendimento telefônico de suporte para a área de TI do banco, que não fazia operações financeiras, mas acompanhava as operações relacionadas aos cartões*. Disse mais, *que não poderia conceder ao cliente interessado o cartão de crédito, que não tinha contato direto com o cliente do banco* (fl. 177). Por sua vez, a testemunha Haracelly primeiro disse *que atendia de forma direta os clientes do banco, através de contato telefônico*, mas depois esclareceu que *quem ligava era a equipe do banco reportando o problema do cliente, que tinham que resolver problemas relacionados à área operacional do sistema de cartão de crédito, que não fazia nenhum tipo de operação financeira*. Disse ainda que recebia ordens do pessoal do banco e do supervisor da Tivit, Sr. Fabio Cesar (fl. 179). Como se vê, a autora não atuava diretamente para o Banco nem as atividades eram diretamente ligadas ao objeto social da instituição financeira. Não se evidencia, portanto, a fraude a preceitos trabalhistas. Ao que se extrai dos depoimentos, tanto a autora como também a teste-

munha prestavam apoio técnico ao sistema informatizado de cartões de crédito, reportando-se a chamados técnicos efetuados por empregados da instituição financeira, o que não é suficiente para caracterizar qualquer subordinação. E mais, elas nem sequer tinham contato com os clientes do Banco, não vendiam produtos, não faziam transações financeiras, apenas acompanhavam eventuais problemas técnicos nas transações com os cartões de crédito, a realizar, repito, apoio técnico à área de TI. E não é só. A autora confessa que trabalhava nas dependências da TIVIT e que tinha apenas contato com empregados do Banco, o que está bem longe de caracterizar pessoalidade ou subordinação, requisitos indispensáveis ao reconhecimento do vínculo. E depois, o ordenamento não impede a prestação de serviços específicos de uma empresa a outra, ainda que relacionados ou necessários à atividade da tomadora. É o princípio da livre iniciativa, calcado por sua vez no princípio da liberdade jurídica - o de fazer o que a lei não proíbe e de não fazer o que ela não manda. Mantenho.

Condição de bancário. Enquadramento sindical. Insiste a recorrente na condição de bancária e no enquadramento sindical nessa categoria, com o deferimento de todos os benefícios a ela inerentes. Caso não acolhido esse pedido, reclama, sucessivamente, (i) a concessão dos benefícios da categoria dos financeiros, (ii) a reparação de “danos materiais” pelo não enquadramento nessas categorias ou (iii) indenização *“das diferenças salariais durante todo o pacto laboral...em conformidade como o Princípio da Isonomia Salarial”*. Mais uma vez sem razão. Está bem claro que as ativida-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

des descritas nos depoimentos, tanto da autora como também da testemunha, não eram típicas de bancário. E aqui, quando se diz bancário, pensamos no atendente, caixa, gerente, tesoureiro ou qualquer outra que demanda conferência de cheques e títulos, checagem de relatórios internos, realização de lançamentos contábeis, autorização de empréstimos etc. Em suma, a autora não cuidava de assuntos afetos às contas bancárias dos clientes. A atividade da autora era periférica, não diretamente ligada à solução de problemas tipicamente bancários ou mesmo de financeiros. Ela apenas dava suporte técnico à área de Tecnologia da Informação, mais precisamente nos problemas ocorridos com os cartões de crédito, quando da realização das transações, o que, por si, não a torna uma bancária ou financeira. No mais, não se pode estabelecer o enquadramento apenas com base na destinação mediata do trabalho prestado, mas sim pela atividade econômica do empregador ou, como exceção, pela atividade profissional diferenciada. E como já demonstrado, a atividade desenvolvida pela autora não era tipicamente atividade de bancário ou financeiro. O enquadramento sindical é determinado pela atividade preponderante do empregador que, no caso, é a TIVIT TERCEIRIZAÇÃO DE PROCESSOS, SERVIÇOS E TECNOLOGIA. E se assim é, não tem assegurados direitos da categoria dos bancários, financeiros ou qualquer indenização equivalente. Mantenho.

Horas extras acima da 6ª diária e 30ª semanal. Insiste a autora na reforma da sentença, de modo a se enquadrar na jornada do artigo 224, *caput*, da CLT. Prejudicado

o recurso quanto a isso, pois não reconhecida a condição de bancária.

Aplicação do art. 475 – J do Código de Processo Civil. Mais uma vez sem razão.

A aplicação, ou não, do art. 475 – J do Código de Processo Civil, como bem destacado pelo juízo de origem, é assunto para momento oportuno, a execução da sentença. Mantenho.

Contribuições previdenciárias e fiscais. Diz a autora que a responsabilidade pelos recolhimentos fiscais e previdenciários é exclusividade da ré. Não tem razão. Muito embora seja do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, a cota-parte do empregado deve ser descontada do seu crédito. Nesse sentido o item II da Súmula 368 do Tribunal Superior do Trabalho. Correta também a sentença no que se refere aos recolhimentos fiscais, que estão de acordo com a Orientação Jurisprudencial 363 da SbDI - 1. Mantenho.

CONCLUSÃO: ACORDAM os Magistrados da 11ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em DAR PROVIMENTO EM PARTE ao recurso da ré, para excluir da condenação a indenização relativa a honorários de advogado. ACORDAM,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

ainda, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso da autora. Custas sem alteração.

Retifique-se a autuação para fazer constar como recorrido o BANCO IBI S.A –
BANCO MÚLTIPLO

(a) **Eduardo de Azevedo Silva**
RELATOR