



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

## Recurso Ordinário Trabalhista 0021698-55.2017.5.04.0026

### Processo Judicial Eletrônico

**Data da Autuação:** 19/11/2019

**Valor da causa:** R\$ 50.000,00

#### Partes:

**RECORRENTE:** -----

ADVOGADO: LEONARDO JOSE ISERHARD ZORATTO

**RECORRENTE:** -----

ADVOGADO: LUIZ CARLOS AMORIM ROBORTELLA

ADVOGADO: TATIANA FERRAZ PELOSO JORGE

**RECORRENTE:** -----

ADVOGADO: LUIZ CARLOS AMORIM ROBORTELLA

ADVOGADO: TATIANA FERRAZ PELOSO JORGE

**RECORRIDO:** -----

ADVOGADO: LEONARDO JOSE ISERHARD ZORATTO

**RECORRIDO:** -----

ADVOGADO: LUIZ CARLOS AMORIM ROBORTELLA

ADVOGADO: TATIANA FERRAZ PELOSO JORGE

**RECORRIDO:** -----

ADVOGADO: LUIZ CARLOS AMORIM ROBORTELLA

ADVOGADO: TATIANA FERRAZ PELOSO JORGE

ADVOGADO: CARLOS EDUARDO SANCHEZ

**PAGINA\_CAPA\_PROCESSO\_PJETERCEIRO INTERESSADO:** Jacqueline Zimmer



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

#### **Identificação**

PROCESSO nº 0021698-55.2017.5.04.0026 (ROT)

RECORRENTE: -----, -----, -----

RECORRIDO: -----, -----, -----

RELATOR: REJANE SOUZA PEDRA

#### **EMENTA**

**HORAS EXTRAS. TELEATENDIMENTO. JORNADA REDUZIDA.** Hipótese em que a reclamante não desempenhava, exclusivamente, atividades de atendimento a clientes por meio de telefone, não caracterizando, assim, o trabalho em teleatendimento previsto no Anexo II da NR-17.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RECLAMANTE. Ainda, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA SEGUNDA RECLAMADA (-----). Por fim, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA PRIMEIRA

RECLAMADA (----) para excluir a condenação ao pagamento de diferenças de horas extraordinárias, consideradas como tais as excedentes a oito horas por dia, observado o adicional legal de 50%, compensados os valores pagos a mesmos títulos na forma da Orientação Jurisprudencial 415 da SDI-I do TST, com integrações, pela média física, em repousos semanais remunerados (inclusive feriados), aviso prévio, 13º salários, férias acrescidas de 1/3 e FGTS com 40%; (item "b" do dispositivo). Valor da

condenação reduzido para R\$ 20.000,00 e custas para R\$ 400,00, para todos os fins legais.

Intime-se.

Porto Alegre, 20 de abril de 2021 (terça-feira).

#### **RELATÓRIO**

Inconformada com a sentença lançada no id. 2975a43, a qual julgou procedente em parte a ação, recorrem as partes.

Nas razões de id. 6179f26, a reclamante argui em preliminar a nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Superada a questão pretende ver reformada a decisão quanto às horas extras e intervalos/jornada de 6 horas/operador de teleatendimento/telemarketing, indenização por dano/assédio moral e, diferenças salariais por acúmulo de função.

A primeira reclamada (----) pleiteia a reforma da sentença quanto aos seguintes tópicos: julgamento extra petita - horas extras, intervalo do artigo 384 da CLT e equiparação salarial (id. 93f29cf).

A segunda reclamada (-----), por sua vez, busca a reforma da sentença no tocante à responsabilidade subsidiária imposta na origem (id. 619c170).

Com contrarrazões pela reclamante (id. bef9bdb) e pelas reclamadas (id. 628b832 e id. 7cd7346), os autos são remetidos a este Tribunal para julgamento.

No intuito de promover a conciliação e mediação das controvérsias, as partes foram consultadas sobre a existência ou não de interesse em conciliar na presente demanda (decisão de id. 59c2276), não havendo resultado positivo.

Os autos voltam conclusos para julgamento.

É o relatório.

## **FUNDAMENTAÇÃO**

### **1 DADOS DO CONTRATO. AÇÃO AJUIZADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017**

O contrato de trabalho em exame vigeu de 14-10-2013 até 01-12-2016 (FRE id. 6cda8d9). A ação foi ajuizada em 07-11-2017.

### **2 RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE**

#### **2.1 CERCEAMENTO DE DEFESA - INDEVIDA DECLARAÇÃO DE INVALIDADE DO DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA -----**

Não se conforma a reclamante com a sentença que desconsiderou o depoimento prestado pela única testemunha ouvida no presente feito, o que caracteriza cerceamento de defesa, com fundamento no art. 5º, LV da Constituição Federal. Requer a declaração de nulidade da sentença para que seja determinado o retorno dos autos à origem para novo julgamento à lide, considerando válido o depoimento prestado pela testemunha ----- ou para declarar válido o depoimento da testemunha, considerando seu conteúdo no julgamento do recurso ordinário ora interposto.

Examino.

Na sentença, a julgadora desconsiderou integralmente o depoimento da testemunha trazida pela autora, por entender demonstrada intenção de beneficiar a reclamante, *in verbis*:

*"Ouvida a reclamante em audiência acerca dos danos morais, esta referiu que tinha uma supervisora chamada -----, "cujo comportamento era fora de qualquer padrão, especialmente quanto a suas atitudes e a forma como se comportava com seus subordinados; que ----- era muito bruta, batia na mesa e gritava", salientando que "não houve agressão ou conflito específico diretamente com a depoente; que ----- xingava e falava palavras de baixo calão não tendo sido a depoente xingada diretamente, de forma pessoal; que o comportamento era geral, com todos" (grifei). Logo, a autora foi explícita em referir, inclusive mais de uma vez, que não foi alvo de xingamentos específicos por parte da supervisora, pois essa dirigia suas agressões verbais indistintamente a todos.*

*Entretanto, a testemunha ----- disse que "a conduta de ----- era péssima, falava nome feio e agredia as pessoas verbalmente; que a depoente foi agredida verbalmente; que a depoente presenciou a reclamante ser agredida verbalmente por -----, tais como "anota, porra", "atende esse telefone"; que a depoente presenciou xingamentos específicos à reclamante, proferidos por -----" (grifei). A testemunha em questão apresentou versão mais benéfica à reclamante do que o depoimento pessoal desta, o que evidencia parcialidade e intenção de beneficiar a reclamante, razão pela qual não há condições de aproveitar-se este depoimento como meio idôneo de prova. Afasto a prova em questão, portanto."*

(id. 2975a43 - Pág. 2)

No caso dos autos entendo no mesmo sentido da julgadora *a quo* de que o depoimento da testemunha ----- não se mostra imparcial e idôneo como meio de prova da verdade real buscada.

As testemunhas são ouvidas para esclarecer os fatos controvertidos da ação, trazendo elementos de convicção ao julgador. A valoração da prova é intrínseca à função do julgador, não havendo nulidade o fato de o juiz, em decisão fundamentada, afastar a validade do depoimento.

Considerando que a testemunha ----- apresentou versão mais benéfica do que o próprio depoimento da parte, tem-se por evidenciada a falta de isenção de ânimo necessária para o fim de comprovar os fatos alegados na inicial.

Portanto, não há falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Provimento negado.

## **2.2 HORAS EXTRAS E INTERVALOS - JORNADA DE 6 HORAS OPERADOR DE TELEATENDIMENTO/TELEMARKETING**

Não concorda a reclamante com o indeferimento do pedido de pagamento de horas extras pela 7<sup>a</sup> e 8<sup>a</sup> horas. Alega ser incontroverso o exercício de trabalho de teleatendimento/telemarketing, cuja jornada é legalmente estabelecida em 6h diárias, nos termos do art. 227 da CLT, bem como Portaria nº 09/2007 do Ministério do Trabalho, que aprova o Anexo II da NR-17 - Trabalho em Teleatendimento/Telemarketing. Sustenta que o atendimento ao telefone ocorria durante toda a jornada de trabalho, sempre fazendo uso do *headset*. Refere que lhe era concedido, inclusive, 15 minutos de intervalo

previsto na legislação do operador de teleatendimento, além da avaliação do atendimento, por sistema 'call calibration'. Pede a reforma da sentença para que seja julgado totalmente procedente o pedido "a.2" formulado na inicial, seja quanto ao principal.

Examino.

No caso dos autos, o pedido de horas extras tem como fundamento único o reconhecimento do trabalho de teleatendimento/telemarketing e o enquadramento da autora na jornada de seis horas, nos termos do art. 227 da CLT e da Portaria nº 09/2007 do Ministério do Trabalho.

Todavia, pelo conjunto probatório, em especial o depoimento pessoal das partes, verifico que a reclamante não exercia as atividades de teleatendimento de forma exclusiva e, portanto, não faz jus a jornada reduzida.

Como destacado na sentença, o que se extrai da própria narrativa da reclamante é que "*o trabalho não se resumia ao atendimento de clientes por telefone. Em verdade, inclusive considerando o salário diferenciado da reclamante, a parte mais elaborada do seu labor envolvia formular roteiros de viagem, que eram inclusive personalizados, não sendo razoável supor que "90%" do seu trabalho se resumia ao atendimento pela via telefônica, considerando o tempo necessário para a realização das pesquisas efetuadas e a comunicação com os clientes pelo correio eletrônico, que certamente não se encerraria nessa primeira mensagem, pois também é razoável supor que os clientes poderiam solicitar alterações nesse roteiro ou informações adicionais.*"

Por outro lado, os documentos acostados pela própria reclamante (id. d83949f e seguintes) dão conta de que a comunicação com os clientes se dava preferencialmente por e-mails.

Além disso, nos laudos periciais acostados aos autos como prova emprestada, por convenção das partes, verifico que as informações prestadas aos peritos acerca das atividades desempenhadas pelos reclamantes são no mesmo sentido de que o atendimento ao telefone não era a única atividade exercida na reclamada.

Portanto, mantendo a decisão no sentido de que não se verificam elementos suficientes a enquadrar a função da reclamante na de operadora de teleatendimento.

Nego provimento.

## **2.3 INDENIZAÇÃO POR DANO/ASSÉDIO MORAL**

Alega ter comprovado a conduta inadequada da supervisora ----- e que era obrigada a "enganar os clientes" durante o atendimento, oferecendo ao telefone vantagens inexistentes, passível de indenização, nos termos do artigo 186 do Código Civil Brasileiro e dos artigos 5º, V, X e 7º, XXVIII da CF/88. Cita jurisprudência e pede a reforma da sentença para que sejam condenadas as reclamadas ao pagamento de indenização por dano e assédio moral, em valores a serem fixados por esta Turma Julgadora.

Examino.

Na sentença, a julgadora indeferiu o pedido sob os seguintes fundamentos:

*"Tendo sido negados os fatos constitutivos do direito da reclamante, a esta incumbia o ônus da prova, na forma do artigo 818, I, da CLT. Entretanto, foi afastada a validade da prova testemunhal, não havendo comprovação dos fatos mencionados na causa de pedir. Ademais, os e-mails Id.d83949f e 40d9954 não comprovam que, de maneira reiterada, a primeira reclamada obrigasse seus empregados a realizar "propaganda enganosa". Demonstram apenas que ocorreu problemas com alguns clientes, mas não evidenciam que a situação fosse generalizada. O e-mail Id.760a817 evidencia, inclusive, que a empresa determina o preenchimento correto dos dados dos clientes.*

*Em face do exposto, julgo improcedentes os pedidos dos itens "b.6" e "b.7" do petitório." (id. 2975a43 - Pág. 9)*

A Constituição Federal, no inciso X do art. 5º, assegura a integridade moral do trabalhador.

Para a caracterização do dano moral, ensejador da responsabilidade civil da reclamada, é necessária a presença, concomitante, dos seguintes elementos: a) ofensa a uma norma preexistente; b) o dano, e; c) o nexo causal.

A indenização pelo dano moral decorre de lesão sofrida pela pessoa natural, em sua esfera de valores eminentemente ideais, como a dignidade, a honra, a boa fama, a imagem, e a integridade física e psíquica.

Por se tratar de fato constitutivo do direito buscado, a teor do art. 818 da CLT, combinado com o art. 373, I, do CPC, é do autor o ônus da prova quanto aos fatos alegados na inicial, do qual não se desincumbiu a contento.

No caso, segundo narra a autora na inicial: trabalhava sem suporte da supervisão; era submetida à pressão psicológica, pelo atingimento de metas; era obrigada a oferecer vantagens enganosas aos clientes; a supervisora -----chamava a atenção da reclamante e dos demais empregados na frente de todos mediante ofensas e gritos; e, após o retorno da licença maternidade teria sido pressionada pela supervisora ----- e pela gerente -----, com ameaças de desligamento.

Em contestação a empregadora nega as alegações. Diz que a reclamante sempre foi supervisionada e orientada em suas tarefas, não executando qualquer atividade de forma isolada e autônoma; que a supervisora da reclamante, como qualquer profissional incumbido de tal cargo, orientava e cobrava resultado de toda equipe, de uma forma geral, jamais se dirigindo à reclamante de modo isolado; que não havia meta individual, mas apenas coletiva do setor, sem qualquer consequência; que jamais foi imposto à reclamante a oferta de vantagens enganosas a clientes; que todos os produtos ofertados pela reclamada são detalhadamente descritos aos clientes, que optam ou não pela contratação formal do serviço, mediante contrato.

Analizando a prova dos autos, verifico que a tese da inicial não foi confirmada, tendo em vista que o depoimento da única testemunha trazida pela autora foi afastado como meio de prova, posto que não possuía isenção de ânimo para depor, não existindo qualquer outro elemento de prova capaz de gerar indenização por assédio moral.

Nesse compasso, e em atenção ao princípio da imediatide, entendo deva ser prestigiada a conclusão da magistrada a quo, a quem incumbiu a colheita da prova e, portanto, melhor pode valorá-la.

Assim, compartilho do entendimento do juízo de origem no sentido de que não se desincumbiu, a autora, de comprovar que efetivamente tenha ocorrido o alegado assédio moral, ou qualquer outro ato lesivo por parte da reclamada.

Nego provimento ao apelo.

## 2.4 DIFERENÇAS SALARIAIS POR ACÚMULO DE FUNÇÃO

A reclamante alega ser incontroverso e reconhecido pela própria sentença que a reclamante foi contratada pela primeira reclamada (----) para trabalhar com produtos da ----- comercializados pela primeira reclamada (----). Diz que as reclamadas são confessas quanto ao fato de que por um período de cerca de três meses a reclamante e os demais operadores trabalharam também, de forma concomitante, para a ----, empresa diversa de seu empregador, sem receber qualquer quantia. Ressalta que os produtos da empresa ----- são diferentes da reclamada ----. Pede a reforma da sentença.

Examino.

Não há no ordenamento jurídico pátrio previsão para a contraprestação de várias funções realizadas, dentro da mesma jornada de trabalho, para um mesmo empregador, consoante o art. 456, parágrafo único, da CLT. Este é expresso ao determinar que "inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal". O cumprimento de tarefas, pelo empregado, determinadas pelo empregador, decorrem do jus variandi deste, mormente quando atribuídas ao empregado na data em que admitido como no caso em apreço.

No caso, embora não haja controvérsia quanto ao fato de a reclamante ter trabalhado também para clientes da empresa ----, durante cerca de três meses, não há nos autos prova de que houve acréscimo de novas atividades no curso da relação contratual que exigissem maior conhecimento, responsabilidade ou habilitação específica, ou mesmo que fossem incompatíveis com a sua condição pessoal.

Como bem referiu a julgadora, *"a reclamante era remunerada por unidade de tempo e não por tarefa. E, quando estava a desempenhar as tarefas que entende que não seriam inerentes à função de ESPEC.BUS. TRAVEL II, não estava efetuando as tarefas para as quais diz que foi contratada, sendo incabível que fosse remunerada pelo salário de duas funções distintas, pela mesma jornada de trabalho. Não há fundamento legal para que se defira "plus" salarial por acúmulo de funções, no caso."*

O fato de o empregado exercer múltiplas tarefas dentro do horário de trabalho, desde que compatíveis com a função contratada, não gera direito a acréscimo salarial, salvo se a tarefa exigida tiver previsão legal de salário diferenciado, do que não se cogita, no caso.

Ainda, em depoimento pessoal a reclamante refere que sempre desempenhou as mesmas funções desde o início, do que concluo que o fato de ter trabalhado também para clientes da empresa -----, durante o expediente de trabalho na reclamada, não lhe garante o direito ao pagamento de diferenças salariais por acúmulo de funções.

Assim, nego provimento ao recurso, no particular.

### **3 RECURSO ORDINÁRIO DA 2<sup>a</sup> RECLAMADA - -----**

#### **DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA**

Insurge-se a segunda reclamada com a responsabilidade subsidiária atribuída na sentença. Alega que não se trata de grupo econômico ou de terceirização fraudulenta, tendo pactuado com a primeira reclamada contrato de prestação de serviços na condição de cliente. Diz que a recorrida jamais compareceu nas dependências da recorrente, pois sempre laborou exclusivamente nos espaços pertencentes à primeira reclamada, sem qualquer ingerência da recorrente. Pede a reforma da sentença por entender que foram demonstrados os requisitos válidos à contratação entre empresas, quais sejam, boa-fé na celebração do contrato, serviço especializado, direção da atividade pela prestadora do serviço, no âmbito de sua especialização e idoneidade econômica da prestadora, no ato da contratação, bem como os requisitos do art. 104 do Código Civil.

Examino.

Incontroverso nos autos que a autora foi admitida pela primeira reclamada (----), na função de "Especialista Viagem Lazer II", para vender os produtos da segunda reclamada (-----).

Emergindo a modalidade de terceirização de serviços, sendo a segunda ré a sua beneficiária, o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços acarreta a responsabilidade subsidiária do tomador, em decorrência da má escolha daquele a quem confiou a realização de tarefas executivas, bem como do seu dever de vigilância. Tal responsabilidade atende a razões de ordem jurídica e social e está adequada ao verbete IV da Súmula 331 do TST:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Infere-se, portanto, que a responsabilidade do tomador dos serviços independe de eventual culpa in eligendo ou culpa in vigilando, atraindo a responsabilidade subsidiária na demanda pelo simples fato de se beneficiar do trabalho prestado pelo empregado. Tal entendimento se justifica na medida em que não pode o trabalhador, cuja força de trabalho beneficiou o tomador do serviço, arcar com os prejuízos dos direitos sonegados pela empresa interposta.

Vale destacar que a responsabilidade subsidiária do tomador restringe-se ao período em que efetivamente se beneficiou do trabalho do obreiro, no caso, todo o período contratual e envolve todas as verbas decorrentes do contrato de trabalho, nos termos do verbete VI da mesma súmula.

Nesse contexto, nego provimento ao recurso.

#### **4 RECURSO ORDINÁRIO DA 1<sup>a</sup> RECLAMADA - -----**

##### **4.1 JULGAMENTO EXTRA PETITA - HORAS EXTRAS**

Alega que a sentença condenou a recorrente em verba que não foi objeto de pedido na inicial. Diz que não há pedido de horas extras além da 8<sup>a</sup> diária, mas sim o pagamento da 7<sup>a</sup> e 8<sup>a</sup> hora, sob alegação que a sua jornada deveria ser de 6 horas. Refere infração aos artigos 141 e 492 do CPC e pede a exclusão da condenação ao pagamento de horas extras acima da 8<sup>a</sup> diária. Se superada a arguição, diz as eventualmente laboradas além da 8<sup>a</sup> diária, foram todas anotadas e pagas conforme demonstram os documentos acostados aos autos. Alega, ainda, que não há falar em invalidação do banco de horas porque não existe discussão quanto ao tema na presente ação.

Examino.

As sentenças *ultra petita* (que julgam além do pedido) e *extra petita* (que julgam fora do que a parte autora pretendeu) são reformáveis mediante recurso, não resultando daí, portanto, qualquer nulidade. Apenas a sentença *citra petita* (que não se manifesta sobre algum dos pedidos) é anulável.

Sendo assim, não há falar em nulidade do julgado, mas de ajuste da sentença aos contornos da lide, pois, de fato, a decisão recorrida se configura extra petita.

Assim decidiu o Magistrado de origem (ID. 8c46057 - Pág.4):

*(...) entendo que a reclamante está submetida ao limite diário do artigo 7º, XIII, da Constituição Federal.*

*Quanto à compensação horária praticada, consta nos registros horários a adoção de banco de horas, como, por exemplo, na marcação do dia 09.02.2013, de "Crédito-BHs" (Id.e1bcf12 - Pág. 3). Entretanto, não há nos autos normas coletivas a autorizarem a realização do referido regime compensatório, o que entendo ser necessário na época do contrato de trabalho, não bastando o acordo individual nesse sentido. O regime compensatório, portanto, é inválido, conforme a Súmula 85, V, do TST.*

*O banco de horas é excepcional e usualmente desfavorável ao empregado, por não possuir folgas regulares, não havendo pontos em comum com outras modalidades de compensação de horas suplementares, nas quais há maior previsibilidade quanto à prestação de horas extras e gozo de folgas compensatórias. De tal modo, a invalidade da compensação horária pelo banco de horas, ao contrário da compensação semanal, não importa no pagamento apenas do adicional sobre as horas extras irregularmente compensadas, pois a Súmula 85 do TST é inaplicável ao banco de horas, nos termos do seu inciso V. Deste modo, eventuais folgas fruídas pela reclamante por conta do banco de horas irregular deverão ser consideradas como licenças remuneradas, não possuindo o condão de compensar com a*

*jornada suplementar praticada além dos limites legais de duração da jornada. Nesta linha de entendimento, vem decidindo o Tribunal Superior do Trabalho, (...)*

*São devidas, pois, todas as horas (hora cheia acrescida do adicional correspondente) laboradas além da jornada legal ou contratual, quando mais benéfica, conforme explanado pelo TRT da 4ª Região:*

*Quanto ao regime de compensação pelo banco de horas, a simples prestação de horas extras habituais, mesmo aos sábados, não o invalida, já que a prorrogação da jornada normal é inerente a tal tipo de compensação horária. Contudo, o que se vê dos autos é que a reclamada nada ajustou com a sua empregada, pois o único acordo de compensação horária é aquele semanal juntado à fl. 77. As normas coletivas apenas autorizavam a implantação da compensação semestral, conforme, por exemplo, a cláusula 18ª, fls. 57-58, o que não dispensava, porém, que houvesse acordo expresso entre empregado e empregador, pois do contrário, tal como alega a reclamante, a compensação fica ao livre alvedrio do empregador.*

*Ainda que assim não se entendesse, cumpre notar que as normas coletivas aplicáveis estabeleciam limitações à compensação pelo banco de horas, prevendo, por exemplo, o limite da jornada em 10 (dez) horas e a compensação semestral. Como já se apurou anteriormente, houve diversas jornadas de trabalho da reclamante superiores a 10 (dez) horas, tornando irregular o banco de horas. É inviável, ainda, apurar se a compensação observava ou não o período semestral.*

*No caso, ao contrário do que ocorre com o regime semanal, a invalidade do banco de horas importa o pagamento da hora extra, sem restrição ao respectivo adicional. Esta Turma, a propósito, tem entendido que o item IV da Súmula 85 do TST só é aplicável aos casos de compensação semanal, o que se verifica, também, do próprio teor do item III da referida Súmula. Destaca-se, ainda, que esse é o entendimento expresso pela SDI-I do TST no julgamento unânime do E-ED-RR 23240-15.2006.5.09.0654, noticiado na página eletrônica do Tribunal Superior do Trabalho no dia 1º de julho de 2010. Assim, eventuais folgas concedidas por conta do alegado banco de horas são tidas como licenças remuneradas, não compensando as horas suplementares prestadas.*

*Desse modo, dá-se provimento parcial ao recurso para determinar que, relativamente à condenação em diferenças de horas extras, seja apurado como devido o adicional de horas extras sobre as horas irregularmente compensadas pelo regime semanal, assim entendidas as excedentes à 8ª diária até o limite da 44ª semanal, bem como seja excluído do comando da sentença a autorização de compensação pelo banco de horas. Ficam mantidos os demais critérios da sentença.(TRT 4ª R, 8ª Turma 0001556-29.2010.5.04.0332 RO - Rel. Juiz Convocado Wilson Carvalho Dias, Julg. 29.09.2011).*

*Faz jus a reclamante, de tal modo, a horas extraordinárias, considerando como tais as horas prestadas além de oito por dia.*

*Não tendo sido postuladas horas extras excedentes a limites semanais, deixo de deferir as horas excedentes à carga horária semanal contratada de 40 horas (Id.939dbf0 - Pág. 1).*

No entanto, tal qual aponta a recorrente, inexiste pretensão na exordial de pagamento de horas extras em razão da nulidade do banco de horas, que sequer foi mencionado na inicial ou na contestação.

Na inicial a reclamante alega que "7. Durante o contrato de trabalho, a reclamante trabalhou em média cinco dias por semana, 8 horas por dia, cumprindo o horário das 8h às 17h, com 1 hora de intervalo. Em algumas ocasiões, a reclamante laborou além do horário acima referido, mediante registro nos

*controles de ponto.*" Reclama o pagamento de duas horas extras por dia de trabalho.(id. 84c6f97 - Pág. 3) Discute, na verdade, o seu enquadramento na jornada de seis horas pelo exercício de trabalho de teleatendimento/telemarketing, nos termos do art. 227 da CLT, bem como da Portaria nº 09/2007 do Ministério do Trabalho, que aprova o Anexo II da NR-17 - Trabalho em Teleatendimento/Telemarketing.

Conforme consta no rol de pedidos (itens b.3 - id. 84c6f97 - Pág. 8), a reclamante postula tão somente o pagamento de "b.3) 2 (duas) horas extras por dia de trabalho, com reflexos em férias acrescidas de 1/3, 13º salário, depósitos de FGTS e multa de 40%, aviso prévio proporcional, repouso semanal remunerado e demais verbas salariais e rescisórias, a calcular; (Item 8 da fundamentação)".

Assim, ainda que o Julgador adote o entendimento de que não há ajuste individual ou coletivo para implementação do regime de compensação banco de horas, nenhum pedido nesse sentido foi formulado na inicial.

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso da reclamada para excluir a condenação ao pagamento "diferenças de horas extraordinárias, consideradas como tais as excedentes a oito horas por dia, observado o adicional legal de 50%, compensados os valores pagos a mesmos títulos na forma da Orientação Jurisprudencial 415 da SDI-I do TST, com integrações, pela média física, em repousos semanais remunerados (inclusive feriados), aviso prévio, 13º salários, férias acrescidas de 1/3 e FGTS com 40%; (item "b" do dispositivo - id. 2975a43 - Pág. 11).

#### 4.2 INTERVALO - ARTIGO 384 DA CLT

A recorrente alega que o artigo 384 da CLT, invocado pela recorrida foi expressamente revogado pela Lei 13.467/2017; que o dispositivo afronta o princípio da igualdade insculpido no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, pois encerra conteúdo discriminatório em relação às mulheres. Diz que a não observância do preceito configuraria, quando muito, mera irregularidade administrativa, cuja penalidade vem prevista no artigo 401, da CLT. Cita jurisprudência e pede a reforma da sentença.

Examino.

A sentença deferiu à reclamante o pagamento dos intervalos do art. 384 da CLT nas oportunidades em que tenha havido labor em sobrejornada, com integrações, pela média física, em repousos semanais remunerados (inclusive feriados), aviso prévio, 13º salários, férias acrescidas de 1/3 e FGTS com 40%.

No presente caso foi verificada a prestação de horas extras sem a concessão do intervalo estabelecido no art. 384 da CLT, sendo devido o pagamento de 15 minutos como extras por infração ao referido dispositivo legal.

O art. 384 da CLT, com a redação vigente à época do contrato de trabalho, preceitua que "*Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho*".

O Tribunal Pleno do TST, apreciando incidente de inconstitucionalidade suscitado no Recurso de Revista 1.540/2005-046-12-00.5, decidiu a respeito da matéria, afastando a inconstitucionalidade do art. 384 da CLT.

Entendo, dessa forma, que embora homens e mulheres sejam iguais em direitos e obrigações, diferenciam-se em alguns aspectos, destacadamente no fisiológico, razão pela qual a mulher merece um tratamento diferenciado quando prorroga sua jornada de trabalho, exigindo maior desgaste físico.

No mesmo sentido, a súmula 65 deste Tribunal:

**"INTERVALO DO ART. 384 DA CLT.**

*A regra do art. 384 da CLT foi recepcionada pela Constituição, sendo aplicável à mulher, observado, em caso de descumprimento, o previsto no art. 71, § 4º, da CLT."*

Por decorrência, correta a condenação ao pagamento dos intervalos em apreço, não havendo falar em mera penalidade administrativa.

Presentes tais considerações, nego provimento ao recurso ordinário da reclamada.

#### **4.3 EQUIPARAÇÃO SALARIAL**

Inconformada com a condenação, alega ter comprovado que o paradigma exercia atividades mais complexas que a recorrida, além de desenvolver treinamentos de produtos, atividades não realizadas pela autora, conforme "Descritivo" anexado com a contestação, o que justifica o desnível salarial. Diz que ausente o requisito principal do artigo 461, §1º, da CLT, deve ser afastada a equiparação reconhecida.

Cita jurisprudência e pede a reforma da sentença.

Examino.

Em face do que dispõe o artigo 461 da CLT, a equiparação salarial será devida apenas quando houver a concorrência dos seguintes elementos: identidade de funções, trabalho de igual valor (produtividade e perfeição técnica), mesmo empregador, mesma localidade, diferença de tempo de serviço inferior a dois anos e inexistência de quadro de pessoal organizado em quadro de carreira. Além disso, o ganho do paradigma não pode advir de vantagem pessoal.

Em relação ao ônus da prova, a Súmula 06, verbete nº 8, do TST, é clara ao estabelecer: "*É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.*"

Nesses termos, compete ao autor da ação a prova quanto à identidade de funções (fato constitutivo) e à empregadora a diferença de produtividade ou de perfeição técnica e a diferença do tempo de serviço.

No caso, com base na prova dos autos, ficou demonstrado que a reclamante desempenhava as mesmas atividades do colega Carlos. A sentença está assim fundamentada:

*"A reclamante foi contratada em 14.10.2013 para exercer o cargo de ESPEC.BUS. TRAVEL II (Id.6cda8d9- Pág. 1). Também o paradigma Carlos Alberto Krause foi admitido em 04.11.2013 para o cargo de ESPEC.BUS.TRAVEL II (Id.3bd05e8 - Pág. 1).*

*O cargo ocupado pelos equiparandos, portanto, era o mesmo, o que induz à presunção de que as funções eram idênticas. A reclamada atraíu para si o ônus de demonstrar que o paradigma realizava outras funções (como efetuar treinamentos) ou de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da autora (como diferença de produtividade e perfeição técnica), o que também não logrou efetuar. Além disso, o trabalho era efetuado na mesma localidade (cidade de Porto Alegre) e com menos de dois anos de diferença na função.*

*Ressalto, ainda, que embora na ficha Id. a39264e - Pág. 2 conste que a reclamante teria passado ao cargo de ESPECIALISTA VIAGENS LAZER, os contracheques Id. e329904 não especificam tal alteração. Por estes motivos, entendo que as diferenças em questão são devidas em todo o contrato de trabalho da reclamante, a partir de 04.11.2013 (contratação do paradigma).*

*Não há qualquer justificativa legal, portanto, para que o paradigma recebesse salário superior ao da autora (vide contracheques Id.e329904 e ficha Id.3bd05e8 - Pág. 2). Com base no artigo 461 da CLT, defiro à reclamante o pagamento de diferenças salariais por equiparação salarial ao paradigma Carlos Alberto Krause a partir de 04.11.2013, com integrações em aviso prévio, 13º salários, férias com 1/3, horas extras e FGTS com 40%." (id.*

2975a43 - Pág. 3)

Como visto, embora a reclamada negue a identidade de funções, as fichas registro de empregado comprovam que os cargos ocupados pelo reclamante e paradigma eram os mesmos, tendo a reclamada atraído para si o encargo de provar que o paradigma desenvolvia treinamentos de produtos enquanto a reclamante executava as tarefas inseridas no 'Descritivo' anexado ao processo, encargo do qual não se desincumbiu.

Assim, considerando que o Juízo *a quo* apreciou com propriedade a matéria, levando em consideração as alegações das partes e o conjunto probatório, entendo que a sentença deve ser mantida, no aspecto, com a adoção dos mesmos fundamentos como razões de decidir.

Nego provimento ao recurso.

\cmb

REJANE SOUZA PEDRA

Relator

**VOTOS**

**PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:**

**DESEMBARGADORA REJANE SOUZA PEDRA (RELATORA)**

**DESEMBARGADORA ANGELA ROSI ALMEIDA CHAPPER**

**DESEMBARGADOR MANUEL CID JARDON**