



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região

Ação Trabalhista - Rito Ordinário 0100188-76.2016.5.01.0037

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 18/02/2016

Valor da causa: R\$ 40.000,00

Partes:

RECLAMANTE: -----

ADVOGADO: ALEXANDRE MATZENBACHER

RECLAMADO: BANCO -----

ADVOGADO: GIL DE SOUZA VON DER WEID

ADVOGADO: CARLA LUIZA DE ARAUJO LEMOS

ADVOGADO: ANNE CAROLINE GOMES LINS

RECLAMADO: -----

ADVOGADO: JOSE CLAUDIO CORTE REAL CARELLI

TESTEMUNHA: -----

TESTEMUNHA: -----



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO

37ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro

ATOrd 0100188-76.2016.5.01.0037

RECLAMANTE: -----

RECLAMADO: BANCO -----, -----

37ª VARA DO TRABALHO DO RIO DE JANEIRO/RJ

Reclamação Trabalhista n.º 0100188-76.2016.5.01.0037 RTord

SENTENÇA

-----, Reclamante, qualificado na petição inicial, ajuizou reclamação trabalhista em face de BANCO ----- e -----, Reclamadas, igualmente qualificadas, narrando os fatos e formulando os pedidos descritos na petição inicial, juntando instrumento de mandato e documentos.

Postula o reclamante a declaração de nulidade de seu vínculo empregatício com a 2ª Ré, o reconhecimento do vínculo empregatício com a 1ª Ré, com o consectário reconhecimento da condição de bancário, a conversão de sua dispensa por justa causa em despedida sem justa causa, o pagamento de horas extras e reflexos, dentre outros pedidos.

Audiência realizada em 27/06/2016. Alçada fixada. Primeira proposta de conciliação rejeitada. As rés apresentaram defesa e documentos. O Autor se manifestou sobre os documentos juntados. Audiência em 31/01/2017. Fora interrogado o Autor, a preposta da 2ª Ré e ouvida uma testemunha. As partes declararam não ter mais provas a produzir. Encerrada a instrução. Razões finais reiterativas. Segunda proposta de conciliação rejeitada. Os autos vieram-me conclusos para julgamento.

Prolatada sentença no documento ID. 58b0c10, com a improcedência dos pedidos da inicial.

O reclamante interpôs Recurso Ordinário (ID. 502ef05).

A 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região conheceu do Recurso Ordinário interposto pelo autor e acolheu “a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa para determinar o recambiamento do processo à vara de origem para que

seja reaberta a instrução e ouvida a testemunha -----, bem como para nova inquirição da testemunha -----" (ID. 4b150e5).

Embargos de declaração opostos pela primeira ré (ID. e2a66ca).

Acordão da 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região conheceu dos Embargos de Declaração opostos pela primeira ré, e, no mérito, sanou a omissão no Acórdão de ID 4b150e5, declarando a suspeição da testemunha -----.

Embargos de declaração opostos pelo reclamante (ID. 44f9af3), com manifestação da primeira ré (ID. 82e2324).

Acordão da 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região conheceu dos Embargos de Declaração opostos pelo reclamante (ID. 124f827), e, no mérito, declarar ar nulidade do Acórdão de ID 4c1e7c1 e determinar a intimação do reclamante para se manifestar sobre os Embargos Declaratórios de ID e2a66ca.

Os autos retornaram a esta 37ª Vara para nova inquirição da testemunha -----.

Audiência em 09/02/2022. Conciliação recusada. Colhido o depoimento da testemunha -----.

Inconciliáveis as partes.

Os autos vieram-me conclusos para julgamento por força do despacho de fl. 685.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Questão Prévia

Benefício da justiça gratuita

Defiro os benefícios da Justiça Gratuita ao Reclamante, tendo em vista a declaração constante dos autos. Ressalto que, no particular, não se aplica a nova redação conferida ao art. 790, §3º, CLT, visto que superveniente à fase postulatória, não tendo o Reclamante

tido oportunidade para comprovar insuficiência de recursos (art. 790, §4o, CLT, inserido pela Lei n. 13.467/17), sob pena de decisão surpresa à parte, violando a segurança jurídica.

Questão preliminar

Inépcia da inicial

A extinção do processo, por inépcia da inicial, é medida excepcional no processo do trabalho, o qual é regido pelo princípio da informalidade e somente pode ser aplicada quando o pedido não é inteligível, tampouco delimitado. Na hipótese dos autos, conforme se observa, foram atendidos todos os requisitos específicos da petição inicial do processo trabalhista, respeitando-se o art. 840 §1º da CLT.

Rejeito a preliminar.

MÉRITO

DA RESPONSABILIDADE DA PRIMEIRA RECLAMADA. DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. DO ENQUADRAMENTO SINDICAL

Alega o Reclamante que foi admitida como “Operador de Vendas” pela 2^a reclamada, para prestar serviços ao banco acionado (1^a Reclamado). Sustenta que a teceirização de serviços foi fraudulenta, haja vista trabalhar realizando atividades essenciais à tomadora de serviços, mediante subordinação direta a prepostos desta. Pretende, pois a formação de vínculo diretamente com o Reclamado Banco ----- e aplicação das normas coletivas dos bancários.

As Reclamadas alegam em defesa que inexiste vínculo de emprego entre a primeira Reclamada e o Reclamante, estando ausentes os requisito do art. 3º da CLT.

Aduz a primeira reclamada que jamais deu ordens, sejam diretas, sejam indiretas, a empregados da segunda Acionada ou lhes fiscalizou a jornada. Sustentando que o contrato com a segunda reclamada objetivou a execução de atividades distintas da sua atividade-fim (Súmula, 331, III, TST), ligadas essencialmente a atividades de correspondente bancário, conforme normas editadas pelo BACEN. Explicam as Rés que as atividades exercidas pela Reclamante, por intermédio da segunda Reclamada, não se confundiam com as atividades típicas de bancários, pois que se restringiam à intermediação de negócios de financiamento, de concessão de empréstimos consignados e de cobranças. Frisam, ainda, que o reclamante nunca teve ingerência sobre as contas

de clientes da primeira reclamada. As Demandadas negam, ainda, que o Reclamante fizesse qualquer tipo de atividade bancária.

Analisemos a prova dos autos.

Nesse ponto, é relevante notar que a Reclamante confessa em seu depoimento pessoal (ID. 60f4c88 - Pág. 1) “que atuava como vendedor de crédito tanto por telefone como pessoalmente, (...) que foi contratado e treinado pela 2ª reclamada; que trabalhava na unidade do Méier e seu contracheque era pago pela 2ª reclamada; que na loja do depoente somente trabalhava ele e mais uma pessoa; que o ponto era marcado pelo reclamante em folha de ponto; que seu ponto era fiscalizado pela preposta da 2ª reclamada; (...) que não trabalhava com dinheiro em espécie, nem recebia contas ou pagamentos; que as propostas de empréstimos eram encaminhadas por malote ao banco; que tinha ciência da aprovação da proposta pela verificação do sistema do banco -----; que não tinha autonomia para aprovar os empréstimos; que a aprovação ocorria somente pelo banco (...)”.

A testemunha ouvida, -----, por seu turno, corroborara a contratação pela Segunda Reclamada (-----), tendo incorrido em contradição ao informar inicialmente que no seu crachá havia a logomarca do Banco ----- S.A. (1ª Reclamada) e posteriormente reconhecer como crachá utilizado um que somente possuía a logomarca da 2ª Ré (- -----). Contradisse-se também ao informar que utilizava sistemas do Banco ----- para depois informar que somente trabalhava em favor da 1ª Ré (Banco ----- S.A.), considerando o Juízo tal depoimento imprestável como meio de prova.

Assim, da prova oral produzida, notadamente do depoimento pessoal, verifica este Juízo que as atividades da Reclamante, quais sejam, o atendimento de clientes com o escopo de intermediar a concessão de empréstimos consignados e a realização de cobranças, sem qualquer acesso a dados bancários e sem a existência de subordinação direta a qualquer funcionário do Banco ----- S.A., encontra-se perfeitamente localizada no âmbito da atividade-meio do Demandado Banco ----- S.A., não tendo este Juízo verificado a terceirização ilícita aventada na exordial, ou ainda a fraude a legislação trabalhista. As atividades descritas pela Reclamante são apenas de prospecção de negócios, estando inseridas naquelas aptas a serem delegadas a terceiros pelas instituições financeiras, consoante Resolução 3.110 do BACEN, aludida em defesa, não tendo, portanto, o condão de enquadrar o obreiro como bancário.

Pelas razões expostas, Julgo improcedente o pedido de

reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com o 1º Reclamado Banco ----- S.A. e, consequentemente, improcede o pedido de retificação da CTPS do obreiro para que se proceda a esta anotação.

Tendo em vista a inexistência de vínculo empregatício entre a Reclamante e a 1ª Reclamada, improcede também o pleito de participação nos lucros e resultados (item “ee” e “dd”), na medida em que a repartição dos lucros da empresa pressupõe a existência de vínculo empregatício com o suposto beneficiário da verba.

Dante das razões expostas, são aplicáveis ao caso dos autos apenas os acordos coletivos firmados pela 2ª Reclamada e o Sindicato representativo da categoria da Reclamante, ficando de logo afastada a aplicação dos demais diplomas normativos, os quais foram firmados por categorias profissional e econômica diversas.

Conforme decidido, as atividades executadas pelo reclamante como Operador de Vendas são absolutamente distintas daquelas desenvolvidas pelos trabalhadores bancários razão pela qual não se lhe aplicam às normas coletivas da referida categoria profissional. Vale ressaltar que o segundo reclamado - empregador da reclamante - não participou através do sindicato representativo da sua categoria econômica das negociações que deram ensejo as normas coletivas dos bancários bem como daquelas relativas a categoria dos financiários, inexistindo fundamento para enquadrar o obreiro como financiário, uma vez que o enquadramento sindical se perfaz de acordo com a atividade preponderante do empregador sendo esta a regra geral vigente no ordenamento jurídico pátrio.

Desta forma, indeferindo a aplicabilidade das normas coletivas dos bancários e dos financiários, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados com base nos referidos instrumentos normativos tais como horas extras a partir da 6ª diária e da 30ª semanal, dobra das horas extras dos sábados, diferenças salariais em razão dos reajustes e respectivos pisos normativos, multa normativa, auxílio refeição, ajuda alimentação e 13ª cesta alimentação, aviso prévio indenizado proporcional, anuêniros consoante formulado nos itens “e”, “g” a “m”, “t”, “u”, “v”, “w”, “gg”, “ff” da incoativa.

Sendo válida a terceirização de serviços, observa o Juízo que não se configura hipótese de grupo econômico (pedido “f”), sendo cabível, in casu, a aplicação da Súmula n.º 331, IV do TST, segundo a qual a tomadora de serviços responde subsidiariamente pelos débitos trabalhistas da empresa principal. Confira-se:

“IV - 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.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

Nestes termos, havendo sido apontado ausência de pagamento das parcelas trabalhistas, o que revela a inidoneidade da 2^a Reclamada, nasce para a 1^a Reclamada a responsabilização subsidiária pelo inadimplemento contratual da primeira (Súmula n.º 331, IV do c. TST).

Por fim, quanto às verbas que abrangem a condenação subsidiária, entende este Juízo que deve abarcar toda a condenação, inclusive as multas, verbas de natureza fundiária e indenizatória, haja vista que a Súmula 331, IV, TST, não faz qualquer limitação às verbas que alcançam a responsabilidade subsidiária quando menciona que “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações (...)”

Assim, DECLARO a responsabilidade subsidiária da 1^a Reclamada–BANCO ----- S/A – por eventuais débitos trabalhistas não adimplidos pela 2^a Acionada – -----.

Causa do desfazimento do vínculo e Danos Morais

Postula o autor o pagamento o pagamento das verbas

rescisórias, em razão de sua dispensa pela ré em 01/10/2015. Pede a conversão da dispensa motivada em dispensa sem justa causa. A segunda reclamada rejeita o pleito e afirma que a dispensa do autor ocorreu por justa causa, fundamentada no art. 482, "a", "b" e "c" da CLT. Afirma que o autor, durante a vigência do contrato do trabalho procedeu ao desvio de clientes para outras empresas, prejudicando os negócios da empresa.

Em razão do princípio da continuidade do vínculo empregatício, e, ainda, do valor social do trabalho, na forma do art. 1º, IV da Constituição Federal, a relação de emprego por prazo indeterminado e a despedida imotivada traduzem-se em eventos presumíveis, em fatos ordinários.

A contrario sensu, o trabalho sob outras modalidades, bem como as demais formas de ruptura do pacto constituem fatos impeditivos e por isso, a prova deve se apresentar robusta e incontestável.

Como a Reclamada alegou exceção substancial indireta, ao imputar ao obreiro uma justa causa pelo fim do vínculo, cumpria-lhe provar as suas alegações, ônus do qual se desincumbiu a contento.

A 2ª reclamada comprovou o envio de e-mails por parte do reclamante para outras empresas com documentos de potenciais clientes (ID. c7b8d97 - Pág. 1, ID. 8adcabf - Pág. 1, ID. 931d798 - Pág. 1, dentre outros), e, embora tenha o reclamante negado o envio, confessou que somente ele enviava e-mails em seu nome, tendo tais documentos culminado na sua dispensa por justa causa, confirmado a tese defensiva de incidência do Autor nas condutas tipificadas nas alíneas "a", "b" e "c" do art. 482 da CLT.

Mantida a demissão por justa causa, julgo improcedentes os pedidos de aviso prévio, férias proporcionais acrescidas do terço constitucional, 13º salário proporcional, indenização compensatória de 40% sobre os valores do FGTS, bem como o fornecimento das Guias de Saque do FGTS (itens "a", "b", "d" da petição inicial).

Tendo o pedido de indenização por danos morais sido formulado sob esse fundamento, JULGO IMPROCEDENTE o pedido "hh" da petição inicial.

Jornada de Trabalho

Consoante decidido em item supra, a jornada de trabalho do reclamante estava limitada à oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, em razão do não enquadramento do trabalhador na categoria dos bancários.

Sustenta o reclamante na petição inicial que laborava das 8h30

às 19h, de segunda a sexta, com apenas 20 minutos de intervalo, e aos sábados das 9h às 13h, sem intervalo. Postula o pagamento de horas extraordinárias e reflexos. Impugna a reclamante desde a inicial os controles de frequência, por aduzir não refletirem a jornada verdadeiramente desenvolvida, atraindo para si o ônus probatório (art. 818 da CLT c/c art. 373, I, do CPC).

As reclamadas rechaçam o pleito.

Ressalta o Juízo que a testemunha -----: 1) já fora considerada inidônea em razão da contradição incorrida sobre o banco para o qual prestava serviços e 2) não trabalhava no mesmo estabelecimento que o reclamante, o qual somente possuía o reclamante e mais um empregado.

Ainda assim, passo a transcrever o depoimento da testemunha aludida.

Nesse passo, a testemunha ----- afirmou “que trabalhava das 08:30H às 19H, de segunda a sexta; que aos sábados trabalhava das 09H às 13H; que tanto na loja da depoente quanto nas demais lojas havia determinação para que chegassem 30 minutos antes, por isso a depoente chegava às 08:30H, sendo o horário contratual de 09H; que sabe desta informação das demais lojas por conta de mensagens de whatsapp e e-mails da supervisora, bem como porque era dito nas reuniões mensais; que o horário da depoente era até às 18H, horário de fechamento ao público, mas a depoente só saía às 19H, eis que tinha arquivar documentos, preencher contratos, alimentar planilhas, etc; que isso acontecia também nas demais lojas; que sabe desta informação das demais lojas por conta de mensagens de whatsapp e e-mails da supervisora, bem como porque era dito nas reuniões mensais; que a folha de ponto era manual; que na qual a depoente era obrigada a registrar 08:55H e 18H/18:10H, por determinação da supervisora Rafaela e da Evelin do RH”.

As reclamadas juntaram aos autos a ata de audiência no processo em que a testemunha ----- figura como autora, com o objetivo de demonstrar as contradições em seu depoimento (ID. 7384448).

Em sede de depoimento pessoal da referida ata ID. 7384448 que -----, de fato, entrou em contradição, ao afirmar que “trabalhava de 7h30 às 17h30 de segunda a sexta feira e sábados de 9h as 13h; que de segunda a sexta feira tinha 15 minutos de intervalo e não tinha intervalo no sábados; que isto acontecia porque a loja estava cheia e não dava tempo; que não proibiam de tirar uma hora”.

Assim, diante das contradições nos depoimentos da referida testemunha, entende o juízo que o autor não se desincumbiu do ônus de demonstrar a jornada que alega ter laborado, inclusive quanto à redução do intervalo intrajornada.

O intervalo previsto no art. 384 da CLT, consoante decidido pelo C. STF, era destinado apenas às mulheres. Julgo improcedente.

Destarte, à míngua de comprovação da existência de valores inadimplidos, JULGO IMPROCEDENTES todos os pedidos atinentes à jornada de trabalho, bem como todos os pedidos reflexos.

Comissões e Bonificação

Pretende o reclamante a integração das comissões recebidas sem registro em seu contracheque, as quais alcançavam o montante de R\$400,00 a R\$500,00 mensais e eram depositadas diretamente em sua conta bancária. Não trouxe aos autos, porém, seu extrato bancário de modo a comprovar suas alegações, tampouco produziu qualquer prova a corroborar suas alegações. Julgo improcedente.

No que tange às bonificações, de igual modo, não produziu qualquer prova do suposto ajuste, tendo a testemunha ouvida a seu convite se demonstrado inidônea, em razão dos depoimentos prestados. Julgo improcedente. Honorários advocatícios

Apenas para evitar eventual alegação de omissão, registro que, no caso em apreço, não há falar em aplicação de honorários advocatícios decorrentes da Lei n. 13.467/17, uma vez que a ação trabalhista foi proposta antes da vigência da referida legislação, sob pena de ignorar o princípio da segurança jurídica, em verdadeira “decisão surpresa” às partes. Prevalece a mesma razão de decidir que motivou a edição da OJ n. 421, SDI1, TST, bem como a OJ n. 260, I, SDI1, TST, a primeira quando tratou das demandas recebidas da Justiça Comum por força da EC 45/2004 e a última quando se fixou o rito processual vigente à época do ajuizamento da ação, na situação de superveniência da Lei n. 9.957/00.

Não obstante o instituto estar inserido ao lado de regras processuais, é inegável a natureza híbrida dos honorários, ressaltando o viés de direito material (v.g. art. 22, Lei n. 8.906/94). Nessa direção, também por esse motivo, considerando o caráter bifronte do instituto, afasta-se a aplicação de honorários advocatícios no caso em tela.

Perdas e Danos Materiais - Indenização pelo Gasto com Advogado

INDEFIRO, tendo em vista que a contratação de advogado na Justiça do Trabalho constitui uma faculdade da parte, em vista do princípio do jus postulandi.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, e por tudo o mais que dos autos consta, no mérito, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos desta reclamação formulados por -----, Reclamante, qualificada na petição inicial, ajuizou reclamação

trabalhista em face de BANCO ----- e -----, nos termos da fundamentação supra, que passa a integrar este dispositivo como se aqui estivesse transcrita.

Custas de R\$ 800,00, pelo reclamante, calculadas sobre o valor de R\$ 40.000,00, atribuído à causa na petição inicial, desde logo dispensadas, em razão da concessão da gratuidade de justiça.

Intimem-se as partes.

Rio de Janeiro, 09 de março de 2022.

VIVIANA GAMA DE SALES

Juíza do Trabalho

RIO DE JANEIRO/RJ, 09 de março de 2022.

VIVIANA GAMA DE SALES

Juíza do Trabalho Substituta