



**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL**  
Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região  
PROCESSO TRT/SP nº 0001776-69.2013.5.02.0011

**PROCESSO TRT/SP nº 0001776-69.2013.5.02.0011 - 12ª TURMA**

**RECURSO ORDINÁRIO**

**ORIGEM: 11ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO**

**RECORRENTE: EMPRESA FOLHA DA MANHÃ S/A**

**1º RECORRIDO: CLAUDIO RAMOS DO AMARAL**

**2º RECORRIDO: EXPERNET TELEMÁTICA LTDA (E OUTROS)**

Inconformada com a r. sentença de fls. 628/633, que acolheu em parte os pedidos formulados na ação, complementada pela r. decisão proferida em embargos declaratórios (fl. 640), a 1ª reclamada interpõe recurso ordinário às fls. 642/668, com relação aos seguintes temas: a) reconhecimento de vínculo empregatício; b) verbas rescisórias/FGTS; c) equiparação salarial; d) remuneração; e) horas extras; f) dano moral; g) multa do art. 477 da CLT; h) indenização equivalente ao seguro desemprego.

Recurso tempestivo.

Preparo às fls. 669/673.

Representação processual regular (fls. 169/170).

Contrarrazões às fls. 675/676, pelo reclamante.

**É o relatório.**

**V O T O**

**Conheço** do recurso, uma vez que estão presentes os



**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL**  
Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região  
PROCESSO TRT/SP nº 0001776-69.2013.5.02.0011

pressupostos de admissibilidade.

**Vínculo empregatício**

A reclamada requer a reforma da r. sentença, a fim de que seja afastado o reconhecimento de vínculo de emprego entre as partes por todo o período alegado na inicial. Aduz, em suma, que o reclamante prestava-lhe serviços através das demais reclamadas, sem qualquer dos requisitos que caracterizam a relação de emprego.

Em primeiro lugar, cumpre explicitar que a configuração do vínculo empregatício pressupõe o atendimento às disposições contidas nos artigos 2º e 3º da CLT. Dentre os elementos legais, o principal – e que distingue a relação de emprego da relação autônoma de serviço – é a existência de subordinação jurídica entre as partes, diante do disposto no art. 3º da CLT, de modo que o trabalhador fica submetido ao poder de direção da respectiva atividade pela empresa.

O dever de subordinação do empregado é corolário do denominado poder de comando da atividade, exercido pelo empregador. E o "caput" do art. 2º da CLT assim o considerou, na medida em que o risco da atividade econômica desenvolvida em sede da empresa pertence ao empregador.

O poder de comando consiste na faculdade do empregador de dar ordens ao empregado, com vistas a determinar-lhe o conteúdo da prestação de serviços.

Em segundo lugar, ressalte-se que a relação de emprego deve ser analisada à luz do princípio da primazia da realidade, o qual, segundo Américo Plá Rodrigues **"significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é,**



**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL**  
Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região  
PROCESSO TRT/SP nº 0001776-69.2013.5.02.0011

ao que sucede no terreno dos fatos". (In "Princípios de Direito do Trabalho", Editora LTr, São Paulo, 1978, p.210).

Pois bem.

A análise dos autos revela que a pretensão recursal não merece prosperar.

A primeira testemunha patronal, sr. Marcelo Cople da Silva Costa, afirmou que **"presta serviços à 1ª reclamada desde 2006; que assim o faz por meio de empresa, da qual é sócio; que presta serviços fazendo a manutenção de computadores, mesmo serviço do reclamante e do paradigma; que exerciam tal função por volta de 15 pessoas, sendo que todos prestavam serviços por meio de suas empresas; que o depoente trabalha com exclusividade para a 1ª reclamada desde 2006; que o depoente reporta-se ao Sr. Alexandre, empregado da 1ª reclamada; que o reclamante reportava-se ao paradigma, que também era Pessoa Jurídica, sendo que este se reportava aos Srs. Flavio e Noemia, sendo o primeiro Pessoa Jurídica e a segunda empregada da 1ª reclamada; que o reclamante prestou serviços na 1ª reclamada apenas pelas 3ª e 5ª reclamadas, sendo que não prestou serviços como Pessoa Jurídica; (...) que o depoente trabalha de segunda a sexta-feira e em um plantão em final de semana; que o mesmo ocorria com o reclamante; (...) que fixação dos plantões e dos horários de trabalho de todos era feita "pelo pessoal" da 1ª reclamada; que Reinaldo e Flavio não eram empregados da 5ª reclamada, mas sim "Pessoa Jurídica"; que o depoente nunca foi contratado diretamente pela 1ª reclamada, mas sim pela 5ª e antes por outras empresas; que o depoente tem que executar os seus serviços pessoalmente, não podendo se fazer substituir; que o mesmo ocorria com o reclamante; (...) que não**



**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL**  
Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região  
PROCESSO TRT/SP nº 0001776-69.2013.5.02.0011

**houve qualquer alteração na dinâmica de trabalho do depoente com alteração da 2ª para a 3ª e da 3ª para a 5ª reclamada, informando que estas alterações sempre foram por decisão da 1ª reclamada"** (fl. 624vº, destacamos).

O depoimento acima já demonstra, de forma clara, a existência não apenas de subordinação a prepostos da 1ª reclamada, como também a pessoalidade e habitualidade na prestação de serviços para esta reclamada, além de comprovar a tese obreira, no sentido de que as contratações do reclamante pelas demais rés deram-se de forma artificiosa, com vistas à utilização da mão-de-obra pela 1ª reclamada sem os correspondentes encargos sociais.

A fraude perpetrada pelas reclamadas fica evidente, ainda, pelo depoimento da segunda testemunha patronal, sra. Jessika de Mendonça Comar Rastelli, que afirmou que, embora registrada pela 5ª reclamada desde 2007, como auxiliar administrativo, laborou, até 2011, na 1ª reclamada, na mesma função, de segunda a sexta, das 9h às 18h.

A referida testemunha também noticiou que **"o reclamante iniciou na 1ª reclamada depois da depoente não sabendo quanto tempo após; que alguns meses antes de a depoente trabalhar na 5ª reclamada o reclamante passou a ser empregado desta; que por ocasião do registro do reclamante na 5ª reclamada, não houve alteração em sua dinâmica de trabalho mas relata que conforme mudava a empresa mudava o líder; que o paradigma foi líder do reclamante nas épocas das 3ª e 5ª reclamadas; que o paradigma era empregado destas"** (fl. 625, destacamos).

Ao contrário das razões recursais, o testemunho prestado pelo sr. Rodrigo Fonseca Sergio, a rogo do reclamante, corroborou os



**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL**  
Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região  
PROCESSO TRT/SP nº 0001776-69.2013.5.02.0011

demais testemunhos acima transcritos, ao afirmar que **"que trabalhou na 1ª reclamada de 2009 a 2013, como analista de suporte; que o reclamante também exercia esta função; que o depoente foi registrado em CTPS apenas por seis meses em 2013, pela 5ª reclamada; que por um pouco mais de uma ano foi cooperado pela 4ª reclamada; que não houve alteração na dinâmica de trabalho de depoente quando passou a ser registrado pela 5ª reclamada; que o reclamante sempre observou a mesma dinâmica de trabalho"** (fls. 624).

Dessa forma, **correta** a r. sentença, no particular.

#### **Verbas rescisórias / FGTS**

Diante do que restou decidido no item precedente, devidas são as verbas rescisórias e fundiárias deferidas pelo Juízo de 1º grau.

**Nada a reformar.**

#### **Equiparação salarial**

A 1ª reclamada requer a reforma da sentença, no tocante ao deferimento de diferenças salariais por equiparação, sob o argumento de que reclamante e paradigma não exerceram a mesma função, pois aquele era analista de suporte e este era líder/coordenador.

O diploma celetista, em seu artigo 461, preconiza que a equiparação salarial deve ser reconhecida entre trabalhadores que: a) exerçam as mesmas funções; b) laborem para o mesmo empregador e na mesma localidade; c) trabalhem com igual produtividade e perfeição técnica; d) possuam diferença de tempo de serviço não superior a 02 anos; e) desde que o empregador não tenha quadro de carreira.

Assim, compete ao empregado, diante do pedido de



**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL**  
Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região  
PROCESSO TRT/SP nº 0001776-69.2013.5.02.0011

diferenças salariais decorrentes da equiparação salarial, comprovar a identidade de funções e, por sua vez, ao empregador demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial (Súmula nº 6, item VIII, do C. TST).

Como bem salientou o Juízo de Origem, a identidade de funções alegada na inicial não foi impugnada especificamente pela 1ª reclamada na contestação (vide fl. 276), situação que atrai a presunção de veracidade das alegações autorais, na forma do art. 302 do CPC.

Ademais, ao contrário das razões apresentadas pela recorrente, a prova oral confirmou a igualdade de funções. Nesse sentido, são os depoimentos da testemunha autoral (que afirmou: "**o paradigma também era analista de suporte; que não havia distinção entre os serviços deste e do reclamante**") e o da primeira testemunha patronal, sr. Marcelo Cople da Silva Costa (que asseverou "**que presta serviços fazendo a manutenção de computadores, mesmo serviço do reclamante e do paradigma; que exerciam tal função por volta de 15 pessoas**"), conforme fls. 624/624vº, com destaques nossos.

A circunstância de o paradigma ser, em determinado momento, denominado "líder", não beneficia a tese defensiva, pois, para os fins previstos no art. 461 da CLT, é importante que reclamante e paradigma desempenhem as mesmas atividades, exerçam as mesmas tarefas, sendo irrelevante se os cargos possuem ou não a mesma denominação. Nesse sentido, a Súmula nº 06, item III, do C. TST.

**Nada a reformar**, portanto.

### **Remuneração**

A recorrente aduz que houve julgamento além do pedido, pois o Juízo "a quo", ao reconhecer a equiparação salarial e diante da



## PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

PROCESSO TRT/SP nº 0001776-69.2013.5.02.0011

ausência de juntada dos recibos de pagamento do paradigma pela 1ª ré, fixou como remuneração inicial o importe de R\$ 5.000,00, ao passo que na petição inicial, o reclamante apontou como salário do modelo a quantia de R\$ 3.500,00 (fl. 10 e pedido "f" da inicial).

Com razão.

O juiz deve estar adstrito ao pedido. Não pode proferir sentença de natureza diversa da pedida, tampouco condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que foi demandado (artigos 128 e 460 do CPC).

Assim, compete a este Órgão Revisor expungir da condenação aquilo que ultrapassou os limites do pedido.

**Reformo**, para fixar o importe de R\$ 3.500,00 como salário inicial do reclamante (salário decorrente da equiparação salarial), respeitados, a partir desse patamar, os reajustes convencionais já deferidos na Origem (item 5, fl. 630). Para a correta composição da evolução salarial do reclamante, os valores deverão ser apurados na fase de liquidação.

### Horas extras

A reclamada pretende a reforma do julgado, quanto às horas extras deferidas. Argumenta que, embora não houvesse controle de jornada: a) a testemunha autoral confirmou que o reclamante laborava das 9h às 17h, com 1h de intervalo; b) a primeira testemunha patronal provou que o reclamante usufruiu folgas compensatórias pelo labor nos finais de semana e feriados ao longo de todo o período contratual; c) o intervalo intrajornada referente ao labor em finais de semana e feriados não restou provado pelo autor. Aduz, ainda, que o divisor 180 e o limite de 36h semanais não podem prevalecer, pois a função de "analista de



**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL**  
Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região  
PROCESSO TRT/SP nº 0001776-69.2013.5.02.0011

suporte" está adstrita ao limite de 44h semanais e ao divisor 220.

Na petição inicial, o reclamante alegou, em suma, que laborava: a) de segunda a sexta, das 9h às 19h30, com 1h de intervalo; b) um sábado por mês, das 7h às 16h30, sem intervalo; c) um domingo por mês, das 14h às 23h30, sem intervalo e sem folga compensatória; d) em todos os feriados, sem folga compensatória.

Em defesa, a 1ª reclamada alegou que a jornada praticada pelo reclamante era das 8h às 17h, de segunda a sábado, com 1h de intervalo (fl. 272).

A 1ª reclamada, real empregadora, não trouxe aos autos a totalidade dos controles de jornada, referentes a todo o período de prestação de serviços, na forma do art. 74, parágrafo 2º, da CLT. Dessa forma, na esteira do entendimento assentado na Súmula nº 338, item I, do C. TST, o ônus da prova, quanto ao tema, a ela incumbe.

Vejamos as provas de audiência.

A testemunha autoral afirmou que **"trabalhava das 07:00 às 16:00 horas, de segunda a sexta-feira e em um final de semana por mês; que o reclamante trabalhava das 08/9:00 às 17/18:00, nos mesmos dias que o depoente"** e que **"só nos últimos seis meses havia folgas compensatórias pelos finais de semana trabalhados"** (fl. 624, destacamos).

A primeira testemunha patronal disse que **"trabalha de segunda a sexta-feira e em um plantão em final de semana; que o mesmo ocorria com o reclamante; que o depoente e o reclamante usufruíam folgas compensatórias pelos plantões trabalhados"** (fls. 624vº).

O Juízo de Origem fixou a jornada do reclamante da seguinte forma: a) das 9h às 17h30m de segunda a sexta; b) um sábado





**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL**  
Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região  
PROCESSO TRT/SP nº 0001776-69.2013.5.02.0011

por mês, das 8h30 às 16h30; c) um domingo por mês, das 14h às 17h30.

Como se vê, o Juízo de 1º grau andou bem, nesse ponto, ao estabelecer os dias e horários de trabalho, com base na conjugação entre os elementos de prova extraídos dos depoimentos testemunhais (em especial da testemunha autoral, única a declarar os horários do reclamante) e os limites da petição inicial.

**Mantenho.**

No tocante à existência de folgas compensatória pelo labor nos plantões (finais de semana), a prova, de fato, restou dividida.

A prova dividida desfavorece a parte a quem incumbia o ônus probatório. Desse modo, entendo que a recorrente não logrou provar a existência de folgas compensatória relativas ao labor em plantões nos finais de semana.

**Nada a modificar.**

Relativamente ao intervalo intrajornada, o Juízo "a quo" deferiu 1h extra, por sábado trabalhado.

O art. 74, parágrafo 2º, da CLT exige a pré-assinalação do período destinado ao repouso.

Os poucos controles juntados pela reclamada, além de se referirem a uma parcela mínima do período contratual, não apresentam sequer a pré-assinalação do período destinado ao repouso e alimentação.

Diante disso, aplicável ao caso a Súmula nº 338, item I, do C. TST.

**Correta**, portanto, a r. sentença.

No que diz respeito ao divisor 180 e limite semanal de 36h, razão não assiste a recorrente, pois o Juízo "a quo" baseou-se no limite contratual de horas semanais (vide contrato de trabalho firmado



**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL**  
Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região  
PROCESSO TRT/SP nº 0001776-69.2013.5.02.0011

entre 1ª ré e autor, fls. 298/300), o qual, por ser mais benéfico ao empregado, deve prevalecer sobre o legal, tendo em vista o princípio da norma mais favorável, albergado pelo art. 7ª, "caput", da Constituição Federal<sup>1</sup>.

Outrossim, a nulidade decretada na sentença abrangeu apenas os contratos formalizados pelas demais reclamadas.

**Nada a reformar**, nesse ponto.

Os reflexos das horas extras deferidas são devidos em razão da habitualidade, da natureza salarial e do pedido. A OJ nº 394 da SDI-I do C. TST foi observada pelo Juízo sentenciante. **Nada a modificar**, portanto.

**Dano moral**

A recorrente busca a reforma do julgado, a fim de que seja afastada a condenação ao pagamento de indenização por dano moral. Argumenta que não houve culpa da ré e que ambas as testemunhas patronais afirmaram que os trabalhadores, inclusive o próprio reclamante, apenas faziam brincadeiras entre si. Pretende, ainda, a recorrente, caso mantida a condenação, seja o valor indenizatório reduzido a R\$ 5.000,00.

Pois bem.

A testemunha autoral disse que **"recebeu o e-mail de fl. 34; que o e-mail foi enviado ao gerente Mauricio e aos coordenadores Valmor, Flavio e Rogério Silva; que era comum e-mail deste tipo encaminhados por Jonatas, que também era analista de suporte"** (fl. 624).

A primeira testemunha patronal, por sua vez, afirmou que

---

<sup>1</sup> *"Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)"* (destacamos)



**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL**  
Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região  
PROCESSO TRT/SP nº 0001776-69.2013.5.02.0011

**"recebeu o e-mail de fl. 34, que foi referente a "uma brincadeira" feita com o reclamante; que era comum o reclamante ser tratado com expressões racistas, mas assim ocorria "sempre de brincadeira" (fl. 624vº, destacamos).**

Em que pese a argumentação recursal, o fato de a reclamada permitir, passivamente, que seus empregados e/ou prestadores de serviços façam "brincadeiras" que possam ofender a dignidade do ser humano, tais como "piadinhas" sobre raça, cor ou etnia (a exemplo do e-mail de fl. 34), demonstra conivência da reclamada com uma atitude reprovável, moralmente e juridicamente.

Presentes, portanto, os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, quais sejam, as ofensas perpetradas no ambiente de trabalho e dirigidas ao autor (ofensas morais de cunho racista), a culpa (negligência do empregador em reprimir a prática ofensiva), o dano moral (facilmente constatável pela natureza e continuidade das ofensas) e o nexo causal entre as ações ilícitas e o dano experimentado.

**Correta** a r. sentença, no particular.

Com relação ao valor da indenização, este não pode ser apenas simbólico para o agressor e também não pode, de outro lado, servir de enriquecimento para a vítima. Assim, o arbitramento da reparação deve levar em conta a condição socioeconômica das partes envolvidas, o grau de ofensa e as circunstâncias específicas que cercaram o fato. A razoabilidade e a proporcionalidade são critérios que devem balizar o arbitramento.

Dito isto, **dou provimento** para **reduzir** o valor da indenização por dano moral, inicialmente fixada em R\$ 50.000,00 pelo Juízo de Origem, para o importe de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), por entender mais razoável e suficiente, não só para que a empresa tenha



**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL**  
Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região  
PROCESSO TRT/SP nº 0001776-69.2013.5.02.0011

consciência da ilegalidade de sua conduta, com o que se alcança o efeito pedagógico da reparação, como também para que o autor se veja compensado por ter tido afetada a sua honra e dignidade, amenizando-se, assim, o sofrimento causado.

**Multa do art. 477 da CLT**

**Não conheço** do recurso, nesse ponto, visto que não houve condenação de pagamento da multa prevista no art. 477, parágrafo 8º, da CLT, tampouco de aplicação do art. 467 celetista.

**Indenização equivalente ao seguro desemprego**

A recorrente aduz que não está obrigada a indenizar o seguro desemprego, pois o recorrido possui os meios necessários para a percepção do valor do benefício.

Sem razão.

A 1ª reclamada obteve o recebimento do seguro desemprego pelo reclamante, nos valores que seriam devidos, caso houvesse formalizado o contrato de trabalho existente entre as partes, o qual somente foi reconhecido em Juízo.

Logo, devida a indenização deferida na Origem, na forma do art. 186 do Código Civil, de aplicação subsidiária, conforme disposto no art. 8º da CLT. Nesse sentido, inclusive, a Súmula nº 389, II, do C. TST.

**Nego provimento.**

**DISPOSITIVO**

Do exposto, **ACORDAM** os magistrados da 12ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em:



**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL**  
Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região  
PROCESSO TRT/SP nº 0001776-69.2013.5.02.0011

**CONHECER** do recurso interposto e, no mérito, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, para: **a)** fixar o importe de R\$ 3.500,00 como salário inicial do reclamante, respeitados, a partir desse patamar, os reajustes convencionais já deferidos na Origem; **b)** reduzir o valor da indenização por dano moral para o importe de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Tudo nos termos da fundamentação do voto.

**Ficam desde já advertidas as partes que a oposição de embargos de declaração para reapreciação da prova ou para discutir pontos sobre os quais houve expresso pronunciamento do órgão julgador, ainda que contrário ao interesse das partes, configurará intuito protelatório. Essa conduta abusiva da parte atenta contra o princípio da celeridade processual previsto no inciso LXXVIII do art. 5º da CF e autoriza a aplicação da pedagógica e inafastável sanção prevista no § único do art. 538 do CPC.**

**JORGE EDUARDO ASSAD**  
**Juiz Relator**

Rô