



ACÓRDÃO
0000200-70.2012.5.04.0221 RO

Fl. 1

DESEMBARGADORA MARIA HELENA MALLMANN

Órgão Julgador: 10ª Turma

Recorrente: B.B.M. SERVIÇOS E TRANSPORTES LTDA. - Adv.
Antonio Celso Soares Sampaio

Recorrido: LEONE DE ABREU DOS SANTOS - Adv. Denivalda
Roldão Wagner

Recorrido: RODO MAR VEÍCULOS E MÁQUINAS LTDA. - Adv.
William Sidney Suleibe

Origem: Vara do Trabalho de Guaíba

**Prolator da
Sentença:** JUÍZA LÚCIA RODRIGUES DE MATOS

E M E N T A

HORAS EXTRAS. AUSÊNCIA DE CONTROLE DA JORNADA. FIXAÇÃO DA JORNADA. Afastada a aplicação do art. 62, I, da CLT, e ante a ausência de registros de horários, indispensável o arbitramento da jornada do reclamante. Situação que, somada à prova testemunhal favorável ao reclamante, conduz ao acolhimento da jornada da inicial e deferimento de horas extras. Provimento negado.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: preliminarmente, por unanimidade, **NÃO CONHECER DA CONTRAMINUTA DO RECLAMANTE POR INTEMPESTIVA.** No mérito, por unanimidade, **DAR PARCIAL**



ACÓRDÃO
0000200-70.2012.5.04.0221 RO

Fl. 2

PROVIMENTO AO RECURSO DA PRIMEIRA RECLAMADA para autorizar o desconto de 6% do salário-base do reclamante a título de participação no custeio do vale-transporte.

Intime-se.

Porto Alegre, 02 de junho de 2014 (segunda-feira).

RELATÓRIO

Inconformada com a decisão das fls. 232/239, que julgou parcialmente procedente a ação, a primeira reclamada interpõe recurso ordinário. Consoante razões das fls. 255/277, pretende a reforma da decisão de origem no que respeita aos seguintes ópicos: diárias, horas extras, arbitramento da jornada de trabalho, vale transporte e honorários advocatícios.

São apresentadas contrarrazões às fls. 282/291.

Vêm os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

DESEMBARGADORA MARIA HELENA MALLMANN (RELATORA):

I. PRELIMINARMENTE.

NÃO CONHECIMENTO DA CONTRAMINUTA. INTEMPESTIVIDADE.

O reclamante foi intimado para contraminutar o agravo de petição, por notificação disponibilizada no diário eletrônico em 26/08/2013 e publicada



ACÓRDÃO
0000200-70.2012.5.04.0221 RO

Fl. 3

em 27/08/2013 (fl. 280), decorrendo o prazo de 28/08/2013 a 04/09/2013. Portanto, a apresentação da contraminuta em 05/09/2013 (fl. 291) não observa o prazo legal (art. 897 da CLT).

Assim, deixo de conhecer da contraminuta do reclamante (fls. 282/290-v), por intempestiva.

II - NO MÉRITO

1. DIÁRIAS. INTEGRAÇÕES.

A recorrente alega não ser possível a integração dos valores pagos a título de diárias de viagem na remuneração do reclamante com o fito de refletir em todas as demais verbas do contrato de trabalho, por superarem o percentual de 50% da remuneração, porque elas têm natureza indenizatória. Ainda, que para a apuração dos 50% da remuneração em comparação ao valor pago a título de diárias de viagem devem ser consideradas todas as verbas de natureza salarial e não apenas o salário base. Por fim, que integra o PAT (Programa de Alimentação ao Trabalhador), motivo pelo que os valores pagos a título de refeição, os quais incluem-se nos valores pagos a título de diárias de viagem, tem natureza indenizatória, não integrando o salário.

Analiso.

Na inicial o reclamante aduz que recebia uma média de R\$ 400,00 a R\$ 450,00 referentes a diárias de viagem e que tais valores ultrapassavam 50% do seu salário, tendo, portanto, natureza salarial e devendo integrar as demais verbas salariais.



ACÓRDÃO
0000200-70.2012.5.04.0221 RO

Fl. 4

As reclamadas na defesa alegam que tal parcela, mesmo que superior a 50% do salário, mantêm a natureza indenizatória, conforme norma coletiva e jurisprudência do TST.

O juiz *a quo* assim julgou (fl. 233):

No caso destes autos, os recibos salariais das fls. 128-147, apresentados pela primeira reclamada, evidenciam a percepção, pelo reclamante, de diárias para viagem em valor que supera o percentual de 50% do salário base praticado.

Na Súmula n.º101 do TST, encontra-se sedimentada a interpretação a ser conferida às disposições legais referidas, nos seguintes termos: “DIÁRIAS DE VIAGEM. SALÁRIO. Integram o salário, pelo seu valor total e para efeitos indenizatórios, as diárias de viagem que excedam a 50% (cinquenta por cento) do salário do empregado, enquanto perdurarem as viagens.”

Pelo constatado, reconheço que os valores percebidos pelo demandante a título de diárias para viagem são dotados de natureza salarial, sendo devida a integração de tais importâncias em repousos semanais e feriados, horas extras, adicional de periculosidade, férias com 1/3, 13º salário, aviso prévio e FGTS com o acréscimo de 40%.

Não comporta reforma a decisão.

Segundo o § 1º do art. 457 da CLT, integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador, não se



ACÓRDÃO
0000200-70.2012.5.04.0221 RO

Fl. 5

incluindo na remuneração apenas as diárias que não excedam de 50%, conforme o § 2º do mesmo dispositivo legal.

No mesmo sentido a Súmula nº 101 do TST:

DIÁRIAS DE VIAGEM. SALÁRIO. Integram o salário, pelo seu valor total e para efeitos indenizatórios, as diárias de viagem que excedam a 50% (cinquenta por cento) do salário do empregado, enquanto perdurarem as viagens.

Da análise dos demonstrativos de salário das fls. 128/147 denoto que o reclamante recebia diárias sistematicamente, estando tal parcela contemplada em todos os meses. Outrossim, verifico que tais diárias excediam de 50% do salário base do reclamante. Cito, exemplificativamente, o mês de agosto de 2009 (fl. 131), no qual o salário base da reclamante era de R\$ 619,90 e o valor pago a título de diárias foi de R\$ 400,94, ou seja, equivalente a 64,68% do salário base.

Com efeito, nos termos do § 1º do art. 457 da CLT e da Súmula nº 101 do TST, supra, as diárias pagas à reclamante possuem natureza salarial, sendo devida sua integração na forma deferida na origem.

A norma é clara quanto às diárias excederem 50% do salário (salário-base) do trabalhador e não da sua remuneração (a soma de todas as parcelas salariais).

De igual sorte, além de inovatória, a argumentação quanto a adesão ao PAT é totalmente infundada. O fato de a empresa integrar o PAT não tem o condão de emprestar caráter indenizatório às diárias de viagem que excedem 50%. Veja-se que esta regra se presta exclusivamente ao vale



ACÓRDÃO
0000200-70.2012.5.04.0221 RO

Fl. 6

alimentação.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso ordinário, no tópico.

2. HORAS EXTRAS. AUSÊNCIA DE CONTROLE DA JORNADA. FIXAÇÃO DA JORNADA

A recorrente aduz que o autor foi contratado para atividade externa, como constam da ficha de registro e do contrato individual do trabalho, incompatível com a fixação de horário de trabalho, entendendo que o reclamante se insere na exceção do artigo 62, II da CLT. Ainda, que também as convenções coletivas enquadram a atividade do reclamante no referido artigo. Assevera que não havia controle de jornada por parte da reclamada, eis que não existia determinação de horário de saída ou chegada. Quanto ao arbitramento da jornada, alega que é equivocada, pois não há prova que chancele a jornada noticiada na inicial, sendo indevidas horas extras. Em suma, requer a exclusão da condenação em horas extras, ou sucessivamente, a diminuição da jornada arbitrada.

Analiso.

Em função das especificidades dos argumentos patronais, os mesmos serão abaixo separadamente analisados.

2. 1. Aplicação do art. 62, I, da CLT.

O inciso I do artigo 62 da CLT excetua a circunstância de labor não sujeito a controle de horário aos empregados que exercem atividade externa, caracterizando-se estes, consoante os sempre elucidativos ensinamentos de Valentin Carrion, pela *"... circunstância de estarem todos fora da*



ACÓRDÃO
0000200-70.2012.5.04.0221 RO

Fl. 7

permanente fiscalização e controle do empregador; há impossibilidade de conhecer-se o tempo realmente dedicado com exclusividade à empresa. É o caso do cobrador em domicílio, propagandista, etc. Mesmo externo, se estiver subordinado à horário, deve receber horas extraordinárias (Maranhão, Direito do Trabalho, p. 77). Também serão devidas se a produção, sendo mensurável, não puder ser realizada senão ultrapassando a jornada normal. É o caso do motorista de caminhão, perfazendo percurso determinado entre certas cidades, cuja quilometragem exige fatalmente tempo superior ao de oito horas..." (in Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 27ª ed. atual. e ampl. por Eduardo Carrion. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 110-111).

In casu, a decisão de origem afastou a aplicação da referida norma por entender que:

"[...] À vista dos elementos probatórios presentes nos autos, considero não demonstrada a exceção alegada em defesa.

Pela perspectiva acima referida, são insuficientes a comprovar a exceção em questão anotações como as procedidas pela empregadora quanto à regência do regime de trabalho do demandante pela disposição contida o art 62, I, da CLT (ficha registro de empregado - fls. 184-185). De notar que, no citado documento, há definição de jornadas de trabalho específicas, o que reforça a conclusão de que a rotina de trabalho observada pelo demandante fosse passível de controle.

Na sequência, ao exame da prova oral produzida, verifico que o depoimento do preposto da primeira demandada contém várias



ACÓRDÃO
0000200-70.2012.5.04.0221 RO

Fl. 8

passagens denunciadoras da existência de controle das jornadas de trabalho do autor,[...][...] Em que pese a incontroversa prestação de trabalho externo, pois, tenho por demonstrada a existência de controle da rotina de trabalho desenvolvida pelo demandante, não se configurando a exceção invocada em defesa. Sendo assim, o regime de trabalho observado pelo reclamante não pode ser tido por excepcionado da disciplina legal e constitucional acerca da duração do trabalho e pagamento específico pelo trabalho extraordinário. [...]."

E, de fato, assim é.

Vale anotar, em primeiro lugar, que é incontroverso que o trabalho do reclamante era externo. No entanto a reclamada não conseguiu provar que não havia controle de horário. Ao contrário, as provas nos autos, demonstram a existência de controle das jornadas de trabalho do autor, conforme parte do depoimento a seguir transcrito:

“(...) o reclamante trabalhava conforme escala de trabalho, com horário pré-estabelecido para saída, retornando após as entregas à reclamada e sendo liberado após; os horários de saída para as entregas variavam entre 06h e 09h, podendo haver saída para entrega até na parte da tarde; a escala continha algumas viagens com saídas em um dia e retorno no outro;(...) o número de entregas feitas pelo reclamante era variável, oscilando entre cinco e oito, podendo chegar até dez em Porto Alegre; na escala de viagem normalmente são duas entregas; o tempo de entrega variava conforme o número de cilindros,



ACÓRDÃO
0000200-70.2012.5.04.0221 RO

Fl. 9

*estimando entre vinte e quarenta minutos; o retorno do reclamante, conforme as entregas, ocorria às 15h ou 16h; no retorno, o reclamante e o motorista faziam o fechamento da viagem, o que demorava cerca de 40 minutos, e estavam liberados; o motorista do caminhão saía com a relação de entregas, como a da folha 13, que é o registro de entrada e saída para o cliente; **o documento da fl. 15 é um acompanhamento de viagem, documento que o motorista leva quando sai para viagem; o reclamante sempre saía com o motorista; geralmente o reclamante trabalhava de segundas a sextas-feiras; poderia haver trabalho aos sábados até às 12h, com compensação em outro dia da semana; todos os caminhões têm rastreamento para gerenciamento de risco; (...) poderia ter trabalho em feriados com folga em outro dia da semana (...)**”*
(Marcelo Vencato Riegel - fl. 222).

Tal circunstância afasta a aplicabilidade da norma ora discutida.

Assim, mantém-se a decisão de origem no que pertine à não aplicação do art. 62, I, da CLT.

2.2. Jornada de trabalho.

Afastada a aplicação do art. 62, I, da CLT, e ante a ausência de registros horários, indispensável o arbitramento da jornada do reclamante, o que a decisão de origem fez nos seguintes termos:

[...] Sendo omissa a empregadora no dever de pré-constituir a prova da duração do trabalho (art. 74, § 2º, da CLT) e afastada a justificativa invocada a tanto, resta o acolhimento das alegações



ACÓRDÃO
0000200-70.2012.5.04.0221 RO

Fl. 10

do demandante quanto às jornadas praticadas, conjugando-se o teor da exordial e do depoimento do autor, também observados os elementos de prova contidos nos autos e, sobretudo, o princípio da razoabilidade.

Arbitro, no contexto, que o autor trabalhava, de segundas a sextas-feiras, das 5h às 19h, com uma hora de intervalo, excedendo tal jornada em uma ocasião semanal, até às 22h; em dois sábados por mês, das 7h às 14h, também com uma hora de intervalo e, ainda, em três feriados por ano, das 7h às 14h, igualmente com uma hora de intervalo, excedendo, portanto, a duração ordinária do trabalho fixada constitucionalmente (art. 7º, XIII). Arbitro que as extrapolações de jornada, até às 22 horas, se deram em dias da semana diferentes de sexta-feira e de sábado, o que releva para a aferição da alegada supressão parcial de intervalos entre jornadas.[...]No tocante aos domingos, considerando-se a controvérsia estabelecida, inclusive, em relação ao número de lojas e auditorias, fixo que há 9 lojas localizadas no interior do Estado, sendo cada uma destas submetida a duas auditorias anuais. Ainda, considero que as referidas auditorias ocorrem entre os meses de janeiro e outubro

A comparação dos horários declinados pelas testemunhas com aquele arbitrado pela sentença demonstra que a mesma levou todos os depoimentos em consideração. Não se constata falha no exame da prova oral, devendo ser privilegiado o exame feito pelo magistrado de origem, ante o princípio da imediação da prova. Nesse sentido, lembra-se a orientação doutrinária de que "*A manutenção da sentença razoável é*



ACÓRDÃO
0000200-70.2012.5.04.0221 RO

Fl. 11

recomendável, não só por privilegiar o valor maior da efetividade da jurisdição, mas também pelo fato decisivo de que ao juiz de primeiro grau foi dado manter o irredutível contato pessoal com as partes e com a prova proporcionada pela imediação da audiência, além de conhecer a realidade socioeconômica da comunidade em que a decisão será executada, o que autoriza a presunção de que o juízo de primeiro grau de jurisdição reúne as melhores condições para compreender as diversas dimensões do conflito e, portanto, para fazer justiça no caso concreto" ("A função revisora dos Tribunais - a confirmação da sentença razoável como ponto de partida para a necessária construção de uma nova concepção de recorribilidade no julgamento dos recursos de natureza ordinária", Ben-Hur Silveira Claus, Revista LTr, Vol. 77, nº 10, fl. 1197).

Assim, mantém-se a sentença, no particular.

2.3. Conclusão.

Ante o acima decidido, nego provimento ao recurso da 1ª reclamada.

3. VALE TRANSPORTE

A recorrente requer a reforma da sentença quanto ao pagamento de vale transporte, alegando que o valor foi lançado aleatoriamente na inicial e acolhido pelo juízo; que o autor não fez prova da necessidade da sua utilização. Requer sucessivamente, caso mantida a condenação, que seja impingida a retenção de 6% de sua remuneração.

Analiso.



ACÓRDÃO
0000200-70.2012.5.04.0221 RO

Fl. 12

Nos seguintes termos a decisão recorrida:

Quanto ao tema, considero que à empregadora, pela posição contratual ocupada, incumbe o dever de documentação do contrato de emprego, o qual inclui o dever de colher do empregado a declaração quanto à utilização do benefício do vale-transporte, pré-constituindo a prova documental que virá a dirimir futura divergência a respeito. De notar que a O.J. 215 da SDI-1 do TST, invocada em defesa e que dispunha em sentido diverso do ora definido, restou cancelada no ano de 2011.

Na hipótese dos autos, não demonstrado pela empregadora a expressa declaração do autor de que não atendia os requisitos para a fruição do benefício do vale-transporte, e não comprovado o fornecimento do benefício, resta o acolhimento do pedido do autor no particular.

Assiste ao demandante, portanto, o direito à percepção do valor correspondente ao benefício do vale-transporte, considerada a utilização de 2 vales do transporte público urbano de Porto Alegre por dia de efetivo trabalho, deduzida a porção que cabia ao demandante custear (art. 4º, § único, da Lei n.º 7.418/85).

Na inicial, o reclamante afirma que utilizava transporte público para o deslocamento até o seu trabalho: *"por todo o período de trabalho não recebeu os vales-transportes instituídos por lei, apesar de utilizar, diariamente, 1 linha do transporte público municipal, de sua residência até*



ACÓRDÃO
0000200-70.2012.5.04.0221 RO

Fl. 13

o local de trabalho e vice-versa". (fl. 07)

A Lei 7.418/85, alterada pela Lei 7.619/87, institui o benefício do vale-transporte para todos os trabalhadores que dele necessitarem, que deverão custeá-lo com desconto do valor correspondente a 6% do seu salário básico.

É do empregador o dever de comprovar o correto fornecimento do vale-transporte ao trabalhador. Não se pode exigir do empregado que comprove ter informado e demonstrado ao empregador sua necessidade de transporte público. A necessidade se presume, diante da ausência de prova em contrário, por aplicação do princípio da razoabilidade e do princípio da aptidão para a prova. Quanto ao direito material, presume-se a necessidade em decorrência do princípio da proteção do trabalhador.

Entretanto, deve ser observado o desconto salarial de até 6%, relativo à parcela de custeio do vale-transporte a cargo do empregado, na forma do art. 9º, II, do Decreto nº 95.247/87, que regulamentou a Lei 7.418/85.

Assim, dou parcial provimento ao recurso, no particular, para autorizar o desconto de 6% do salário-base do reclamante para custeio do vale-transporte a cargo do empregado

4. DIFERENÇAS DE FGTS E MULTA DE 40%

A recorrente alega a inexistência de diferenças de valores já depositados no FGTS, que se houver alguma diferença será em decorrência aos pleitos reconhecidos pela via judicial, e não na duração do contrato.

Analiso.



ACÓRDÃO
0000200-70.2012.5.04.0221 RO

Fl. 14

A sentença foi neste sentido (fl. 236-v/237):

O extrato da conta-vinculada do reclamante, apresentado pela primeira demandada (fl. 126), evidencia que não foram procedidos depósitos ao fundo de garantia do tempo de serviço em todos os meses de duração do contrato de emprego, o que acarreta o acolhimento da alegação, contida na exordial, de que existem diferenças em favor do autor.

Procede, assim, o pedido de recolhimento de diferenças do fundo de garantia do tempo de serviço da contratualidade (artigo 7º, III, da CF), com repercussão no acréscimo de 40% (artigo 18, § 1º, da Lei nº 8.036/80), cujo montante deverá ser apurado na fase de liquidação deste julgado e recolhido à conta-vinculada do autor.

Não merece reparo a decisão.

É da empregadora o ônus de provar que efetuou de forma correta os depósitos de FGTS, primeiro em razão do seu dever de documentação do contrato de trabalho (princípio da aptidão para a prova), bem assim pela aplicação do disposto no art. 818 da CLT c/c art. 333, II, do CPC.

Conforme o extrato da fl. 126, não foram efetivados depósitos em todos os meses, e se forem devidas diferenças serão apuradas na liquidação da sentença.

Nego provimento.



ACÓRDÃO
0000200-70.2012.5.04.0221 RO

Fl. 15

5. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A recorrente requer a exclusão da condenação à verba honorária, por ser incabível nesta Justiça Especializada. Invocam a lei 5584/70, as Súmulas 219 e 329 do TST, a lei 10.288/91 e a OJ 305 da SDI-1 do TST.

Analiso.

As reclamadas foram condenadas ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor total da condenação.

Nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei nº 1.060/50, os benefícios da assistência judiciária gratuita, dentre os quais os honorários de advogado, alcançam a todos os necessitados, assim entendidos aqueles cuja situação econômica não permita arcar com os custos do processo sem prejuízo do sustento próprio e de sua família.

Com efeito, a concessão dos benefícios em questão condiciona-se tão somente à miserabilidade econômica do requerente, sendo irrelevante o fato de a reclamante ter ou não acostado aos autos a credencial sindical exigida pela Lei nº 5.584/70.

Ainda, nos termos do artigo 4º da mesma lei, a mera declaração de hipossuficiência (fl. 12) gera a presunção relativa acerca da necessidade econômica e não havendo nos autos elementos de convicção capazes de elidir a presunção de veracidade que milita a seu favor, mantenho a condenação em honorários advocatícios de 15% sobre o valor bruto da condenação, já que atendidos os pressupostos da Lei nº 1.060/50.

Assim, nego provimento ao recurso, no tópico.



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO
0000200-70.2012.5.04.0221 RO

Fl. 16

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADORA MARIA HELENA MALLMANN (RELATORA)

DESEMBARGADOR LUIZ ALBERTO DE VARGAS

DESEMBARGADORA VANIA MATTOS