



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

Identificação

PROCESSO nº 0011399-61.2014.5.03.0152 (RO)

RECORRENTE: MAURÍCIO GIOVANNI BAZAGA, MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES SA

RECORRIDO: MRV ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES SA, MAURÍCIO GIOVANNI BAZAGA

RELATOR: JÚLIO BERNARDO DO CARMO

EMENTA

CORRETOR DE IMÓVEIS - VÍNCULO DE EMPREGO. Para configuração da relação de emprego é necessário o preenchimento dos requisitos estabelecidos no artigo 3º da CLT, destacando-se que a diferenciação central entre a figura do empregado e a do trabalhador autônomo é a subordinação jurídica, pois os aspectos da onerosidade, habitualidade e pessoalidade são comuns aos dois tipos. Nem mesmo alcança relevo, ao deslinde de casos como o vertente, o ramo de atuação empresária, considerando que modo geral os contratos regidos pela Lei n. 6.530/78 são firmados entre profissionais autônomos e pessoas jurídicas que exploram a mesma atividade econômica. In casu, à luz do acervo fático probatório coligido, comprovou-se que o reclamante empregava sua força de trabalho em atividade essencialmente ligada ao objetivo principal da reclamada, exercendo seu mister com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação, pelo que reconhecida a relação de emprego, não obstante a pseudo-condição de corretor de imóveis autônomo.

RELATÓRIO

A 3ª Vara do Trabalho de Uberaba, em sentença da lavra da Exma. Juíza Karla Santuchi, proferida sob id 44874e9, cujo relatório adoto e a este incorporo, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando a reclamada ao pagamento das parcelas descritas no dispositivo de página 8/9.

Inconformado, o reclamante interpõe recurso ordinário sob id 937d02f, na busca pela reforma do julgado.

Recorre também a reclamada sob id bf3203b, comprovando preparo sob id d2c201d.

Contrarrrazões pela reclamada sob id b0c134f e, pelo reclamante, sob id

6df99a7.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

As partes tiveram ciência da r. decisão vergastada em 04/09/2015 (nos moldes da Súmula 197 do TST), revelando-se próprios e tempestivos os recursos protocolados em 13/09/2015 (ids 937d02f e d2c201d), assinados digitalmente por advogados constituídos conforme id e9b7866 e a0b5b00; preparo do recurso empresarial comprovado sob id d2c201d.

Igualmente escoreitas as contrarrazões apresentadas pelas partes sob id b0c134f e 6df99a7.

Satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço dos recursos ordinários interpostos, bem como das contrarrazões, restando prejudicado o pedido apresentado pela reclamada de chamamento do feito à ordem (id. f7b9db2).

MÉRITO

RECURSO DA RECLAMADA

VÍNCULO EMPREGATÍCIO - VERBAS RESCISÓRIAS

A reclamada insiste na argumentação de inexistência de vínculo empregatício, alegando ausência de comprovação dos requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT, mormente o fato de não haver subordinação jurídica na prestação de serviços. Alega que, se não há vínculo empregatício, tampouco haverá qualquer valor correspondente a verbas rescisórias, posto serem essas devidas apenas para empregados da reclamada.

A sentença objurgada, a respeito, posicionou-se:

Em primeiro lugar, revelador é o fato de a reclamada sequer contar com vendedores de imóveis empregados quando a venda está, indubitavelmente, ligada aos fins normais do

empreendimento da empresa ré. Em segundo lugar, o próprio contrato de prestação de serviços "termo de credenciamento" prevê que o "credenciado não poderá realizar vendas, locações, permuta e quaisquer outras negociações relativas a imóveis de terceiros, sob pena de imediato descredenciamento" (cláusula 1.4). Registre-se, ainda, que o autor não era inscrito nem mesmo no CRECI na maior parte do período contratual. Ademais, o serviço era prestado com subordinação (as correspondências eletrônicas juntadas com a inicial revelam a elaboração de escala pelos gerentes da reclamada, existência de reuniões marcadas pelos gerentes, com comparecimento imprescindível dos corretores, a existência de determinação até quanto ao vestuário, e a prova oral, depoimento da testemunha do autor, confirmou todo o relato acima), pessoalidade (a testemunha do autor confirmou que os corretores não podiam se fazer substituir por terceiros) e cumprimento de horário (escalas elaboradas pelos gerentes). Sendo assim, reconheço o vínculo de emprego entre as partes entre 01/07/2010 a 18/07/2014 (conforme consta nos documentos "termo de credenciamento" e "distrato"), devendo a reclamada anotar a CTPS no período acima, com salário comissionado no percentual informado na inicial e função de vendedor de imóvel. Ficam deferidas as seguintes parcelas do pedido: a) férias Integrais e proporcionais, acrescidas do terço constitucional durante todo contrato de trabalho, observando-se o disposto no artigo 137 da CLT onde couber; b) FGTS sobre a remuneração do reclamante, fornecendo guias para saque ou indenização substitutiva, bem como o pagamento da multa de 40%, devendo o cálculo ser feito com aplicação de multa em conformidade com o disposto no artigo 22 da Lei 8.036/90; c) décimos terceiros salários proporcionais ano de 2010, integral 2011, integral 2012, integral 2013 e proporcional ano 2014, com a devida projeção do aviso prévio; d) aviso prévio indenizado; e) Repouso semanal remunerado, conforme determina a lei 605/49 e súmula 27 do TST; f) indenização relativa ao seguro desemprego, a ser apurada em liquidação ou sucessivamente a entrega das Guias CD/SD para dar entrada e recebimento do direito pleiteado; g) ao pagamento das multas previstas no artigo 477 e 467 da CLT.

Com efeito, prevalece no Direito do Trabalho o princípio da primazia da realidade, pelo qual as relações jurídicas são definidas e conceituadas pelo seu conteúdo real, sendo irrelevante a denominação ou a roupagem que lhes foi atribuída pelas partes.

Pois bem, é questão pacífica na doutrina e jurisprudência que na hipótese de a reclamada admitir a prestação de serviços, ainda que sob outra roupagem, o ônus de comprovar que o vínculo laboral se deu sob moldagem jurídica diversa da relação de emprego transfere-se a ela, nos termos dos artigos 333, II, do CPC e 818 da CLT.

É importante destacar que a diferenciação central entre a figura do corretor empregado e a do trabalhador autônomo é a subordinação jurídica, pois os aspectos da onerosidade, habitualidade e pessoalidade são comuns aos dois tipos.

A vasta prova documental trazida aos autos pelo reclamante, indicando as escalas de trabalho, e-mails de marcação de reunião dizendo ser imprescindível a presença do corretor, e uniformizado, tudo isso corrobora a subordinação jurídica, requisito essencial para reconhecimento da relação de emprego. A intromissão da empresa na organização do tempo do trabalhador fica clara na prova, sendo certo que a possibilidade de disponibilização do tempo como um critério do trabalhador deveria estar presente caso houvesse realmente a autonomia alegada.

Ainda, para além dos termos descritos na sentença, os quais reputo inteiramente razoáveis, com comprovação nos autos, a prova oral, consubstanciada nos depoimentos da preposta da reclamada e das testemunhas indicadas por ambas as partes (id 38ba45f), em especial, a primeira testemunha do autor, ficou evidenciado que estavam presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego, a onerosidade, a pessoalidade, a não eventualidade na prestação dos serviços e a subordinação jurídica na relação de trabalho.

Veja que no depoimento pessoal, a preposta revelou que "(...); a reclamada não tem vendedores empregados" , de forma que a inexistência de corretores de carteira assinada na empresa, embora o seu objeto social se constituísse de operações nos ramos de venda e imóveis, o que revela a adoção de uma prática fraudulenta em relação aos trabalhadores que lhes prestam serviços em sua atividade fim.

Mais esclarecedor ainda foi o depoimento da primeira testemunha autoral, o qual convém transcrever, *in verbis*:

"trabalhou na reclamada de meados de 2009 até meados de 2011 na função de consultor de vendas, sem CTPS assinada; trabalhou junto com o autor, sendo na mesma equipe deste, eventualmente trabalhando nos mesmos stands do reclamante, tudo conforme escala, cerca de 2 vezes na semana coincidiam de trabalhar no mesmo stand; não podia se fazer substituir por terceiros na prestação dos serviços, mesma situação do autor; recebiam ordens do gerente, que passava nos stands todos os dias; que tinham uma folga semanal conforme escala; entre segunda e sexta, o trabalho era de 08hs as 20hs com 30 minutos de intervalo; aos finais de semana o trabalho era de 08hs as 16hs com 20 minutos de almoço; o depoente almoçava no próprio stand não sabendo quanto ao próprio autor; uma folga no mês era coincidente com o domingo; o depoente vendia cerca de 3 apartamentos por mês e o autor um pouco mais, cerca de 4 ou 5; o depoente recebia R\$5.000,00 a R\$6.000,00 por mês, não sabendo quanto ao autor; a equipe do depoente tinha mais de 20 consultores de vendas; a reclamada exigia exclusividade; havia meta de venda de pelo menos 3 apartamentos por mês; quando a meta não era cumprida eram advertidos e ameaçados de dispensa; no caso do depoente, cerca de 4/5 meses durante todo o contrato, este não atingiu as metas, não sabendo quanto ao autor; no caso do depoente, os resultados das vendas eram divulgados nas reuniões e era falado que se as metas não fossem atingidas, poderia haver dispensa; o depoente não chegou a ser punido por não atingir as metas; trabalhavam uniformizados, sendo o uniforme fornecido pela reclamada, sendo o uso obrigatório; a reclamada não fornecia lanche/refeição; havia pelo menos 1 reunião por semana, sendo obrigatório o comparecimento; os consultores utilizavam veículo próprio na prestação de serviços, sem receberem ajuda de custo; o depoente rodava cerca de 600km por mês não sabendo quanto ao autor, mas como este vendia mais, devia rodar mais; nunca fez o cálculo de quanto gastava em gasolina com isso; nem o autor, nem o depoente, eram inscritos no CRECI; os materiais de trabalho e stands eram de propriedade da reclamada; o contrato de promessa de compra e venda era confeccionado pela reclamada; os consultores não era autorizados a modificar as tabelas de vendas e taxas de comissões; a maior parte do período, o trabalho era nos stands de vendas e o restante era em visitas às obras e indo a despachantes; tendo que fazer serviço externo, tinham que ao menos avisar o gerente, quando saíam tinham que voltar ao stand; tinham horário a cumprir conforme escala; o atendimento aos clientes nos stands era feito na ordem de sequência de escala elaborada pela gerência; a obra mais próxima ficava a 2km do stand, a mais distante ficava a 12km; cada visita à obra durava média de 90/120 minutos; nos últimos 6 meses de contrato do depoente, havia em dois dos stands um apartamento decorado; a maior parte dos clientes procuram os consultores nos próprios stands; no tempo do depoente, os imóveis eram vendidos entre R\$75.000,00 e R\$130.000,00. Nada mais".

Evidenciou-se que o reclamante atuava sob subordinação, direção e controle da empresa reclamada, com fixação e cobrança de horários e presença, com afirmação de seu poder diretivo, que não se coaduna com a autonomia alegada em defesa.

O trabalho prestado pelo reclamante se inseria na atividade econômica da reclamada e não em benefício próprio, possuindo caráter essencial para o alcance dos objetivos empresariais, sendo remunerado a base de comissões sobre vendas.

Destarte, presentes todos os pressupostos legais para o reconhecimento do vínculo de emprego, é irretocável a r. decisão que reconheceu como tendo sido de emprego a relação contratual entre o reclamante e a reclamada.

Corolário do reconhecimento da relação de emprego no período entre 01/07/2010 a 18/07/2014 é a anotação da CTPS. Inteligência do art. 29 da CLT.

Mantém-se a v. sentença de origem, por seus próprios e jurídicos fundamentos, que bem aplicou o direito à espécie.

Reconhecido o vínculo de emprego entre as partes, conforme razões já deduzidas em item anterior, o deferimento das parcelas rescisórias (a exemplo, férias + 1/3, 13º salários e FGTS de todo o período trabalhado) é mero consectário.

Em relação às férias, era ônus da reclamada comprovar a correta concessão e gozo, até porque o trabalhador deve ser comunicado por escrito pela empregadora da concessão das férias e do respectivo período, conforme art. 135 da CLT.

Não logrando êxito a reclamada em comprovar que o reclamante efetivamente usufruiu as férias vencidas, com percepção dos valores correspondentes, nos termos da legislação trabalhista, justifica-se a condenação ao pagamento das férias + 1/3, vencidas e proporcionais de todo o período trabalhado, nos termos deferidos pela sentença hostilizada.

No tocante aos 13ºs. salários, competia à reclamada a prova do pagamento da respectiva parcela, bastando que juntasse os respectivos recibos de pagamento, a teor do art. 464 da CLT, prova que não veio aos autos, autorizando a condenação imposta à reclamada.

Mantenho.

SALÁRIO BASE - DEFINIÇÃO DA MÉDIA MENSAL DE COMISSÕES RECEBIDAS

Alega a ré que a decisão primeva acatou o pedido autoral em sua inteireza, sem, contudo, haver a devida comprovação - ônus do reclamante, quanto aos valores por ele informados na exordial. Apresentou planilhas de venda, alegando ser outro o valor do salário base, pleiteando, no mínimo, seja estabelecido como salário base a média das comissões nos apartamentos vendidos.

De fato, em primeira instância decidiu-se que "*A média salarial a ser considerada é aquela indicada na inicial, já que o autor comprovou, em especial com o depoimento de sua segunda testemunha, que a reclamada desconsiderou vendas efetivadas quando de sua defesa para indicar média salarial do autor (nome de NATÁLIA GONÇALVES DA SILVA na lista de vendas não concretizadas consta como sendo o 14º, porém a testemunha exibiu em audiência o contrato de promessa de compra e venda)*".

Pois bem.

É incontroverso nos autos que o reclamante era comissionista puro, remunerado à base de 1,5% a 2,5 % sobre o valor dos imóveis por ele vendidos, conforme contratos de id ee130d0 e seguintes.

Contudo, por se tratar de remuneração à base de comissões sobre vendas, não há como se apurar a produtividade do reclamante de forma exata, devendo-se analisar as provas dos autos.

No que toca à planilha de venda de imóveis anexada aos autos pela empresa (id 91ef553), entendo que referido documento não tem validade, por ter sido produzido de forma unilateral. Isso porque há contratos de prestação de serviços de assessoria, devidamente assinados pelas partes, juntados pelo reclamante que não se encontram na relação da empresa.

Assim, a única forma viável de se apurar a média de comissões percebidas pelo reclamante ao longo do contrato de trabalho seria através dos contratos de assessoria juntados por ele, além de outros, mormente, os de id 5282734 e seguintes, que demonstram a produtividade do reclamante, com valores recebidos a cada venda, bem como os de id b877017- que indicam os valores dos imóveis à venda pela reclamada.

Ressalte-se que, a exemplo do mês de fevereiro, os valores percebidos pelo autor realmente aproximavam a quantia informada na inicial, não tendo logrado a ré afastar tal circunstância na medida em que não juntou todos os documentos devidos, excluindo alguns, o que foi demonstrado pelo autor.

A prova testemunhal, nesse caso, também se mostra de grande valia, já que

indica uma média mensal de 3 a 5 imóveis pelo reclamante, podendo-se chegar, portanto, a um valor aproximado próximo àquele informado na exordial.

Assim, em que pese a inviabilidade de se chegar a um valor exato em razão das variações conforme as vendas, tendo em vista que a empresa trouxe planilha na qual não consta a real média de comissões, deverá prevalecer a média declinada na inicial, posto que convergente com o restante da prova documental e oral produzida, mormente diante da comprovação das constantes premiações do autor pelo desempenho nas vendas.

Destarte, mostrando-se razoável o valor fixado a título de comissões mensais sobre as vendas, considerando também que no período trabalhado pelo reclamante era grande a demanda nesse setor de comércio, o que por óbvio implica em maiores vendas, em valor e quantidade, nada há a alterar.

DAS HORAS EXTRAS - SÚMULA 340 DO TST - TICKET REFEIÇÃO

Entende a reclamada não prosperar a pretensão do recorrido, não havendo que se falar em labor extraordinário, pelo fato de o reclamante exercer serviço autônomo em atividades externas, enquadrando-se no disposto pelo artigo 62, I, da CLT, não existindo nenhum tipo de controle de jornada.

Alega, ainda, não ter sido analisada aplicabilidade da súmula 340 do TST, na qual se enquadraria o reclamante, a fim de que eventuais valores de horas extras sejam calculados sobre o valor-hora das comissões recebidas no mês, considerando-se como divisor o número de horas efetivamente trabalhadas.

Examino.

Ficou decidido em primeira instância:

Tendo em vista que houve reconhecimento do vínculo de emprego e a reclamada não apresentou os controles de ponto, presumo como verdadeira a jornada alegada na inicial. Registre-se que o autor laborava nos estandes de vendas da reclamada, o que não pode ser considerado serviço externo. Sendo assim, defiro: h) 1 hora extra por dia + adicional legal e reflexos em RSR, aviso prévio, férias + 1/3, 13º salário, FGTS + Multa de 40% pelo intervalo para alimentação suprimido; i) horas extraordinárias, contadas a partir da 7h20 (sétima hora e vinte minutos) diária e 44º quadragésima quarta semanal, de forma não cumulativa, inclusive as horas laboradas aos sábados, considerando para cálculo das mesmas a média remuneratória fixada, com a inserção do adicional de 60%, sobre as duas primeiras horas extras em dias normais e o adicional de 100% em domingos e feriados e horas extras excedentes as duas primeiras, nos termos da convenção coletiva anexa da categoria; j) pagamento em dobro das horas trabalhadas aos domingos e feriados, sem prejuízo da remuneração relativa aos DSR's, nos termos

da sumula 146 do TST; k) reflexos das horas extras em: 1) nas férias acrescidas de um terço; 2) no décimo terceiro salário; 3) nas verbas rescisórias, além do FGTS; 4) no RSR (aplicando-se o disposto na OJ 394 SDI-I/TST).

Primeiramente, convém dizer a exceção do art. 62, I, da CLT, não excluiu das normas de duração do trabalho todo e qualquer labor externo, mas apenas excepcionou aquele incompatível com a fixação de horário, pressupondo total ausência de controle e fiscalização do horário de trabalho pela empregadora, o que, na prática, pode ser traduzido como o labor sobre o qual não se compatibilizou qualquer forma, direta ou indireta, de controle de horário.

De acordo com o depoimento da testemunha obreira - José dos Reis Alves - a maior parte do período trabalhado era nos stands de vendas e o restante era em visitas às obras e indo a despachantes, sofrendo, portanto, controle da jornada cumprida, em razão da exigência de cumprimento de escala, devendo comparecer nos stands, em especial, nos dias destinados às reuniões.

Considerando, portanto, os elementos de prova produzidos nos autos, conclui-se, que, efetivamente, a reclamada mantinha total controle e fiscalização da jornada cumprida pelo reclamante, afastando na espécie a aplicação da exceção do art. 62, I, da CLT.

Também não prospera a pretensão empresária de ver considerada a jornada informada pela testemunha que indica.

Relembre-se que quanto à valoração da prova oral, compete única e exclusivamente ao Juiz da causa, que tem liberdade para apreciá-la, conforme diretrizes apontadas pelo artigo 131 do CPC, sendo que in casu foi a própria prolatora da r. sentença recorrida quem presidiu a audiência de instrução (Id 38ba45f), sendo pois a melhor indicada para aferir credibilidade de depoimentos, seu peso e seu valor.

Assim se verifica, em se tratando de credibilidade de depoimentos testemunhais, ninguém melhor que o condutor do feito para aferir o peso e seu valor, pois é ele quem mantém o vivo contato, direto e pessoal com os depoentes, medindo-lhe as reações, a (in) segurança, a (in)sinceridade, a postura. Aspectos, aliás, que não se exprimem - que a comunicação escrita, dados os seus acanhados limites, nem sempre permite traduzir - encontrando-se o juízo a quo em privilegiada condição que deve ser considerada na esfera recursal, para aquilatar a credibilidade que a prova merece, e que a frieza do processo em segundo grau de jurisdição nem sempre é capaz de transmitir.

Aplicável à hipótese o princípio da imediação, previsto no art. 446, II, do CPC, de maneira subsidiária (art. 769 da CLT), o qual permite ao julgador angariar e valorar os dados de

ordem subjetiva que se evidenciam no momento em que se presta o depoimento. Essa percepção é de extrema relevância, pois dá a exata medida do ocorrido em audiência e, por isso, a valoração da prova testemunhal, feita pelo instrutor do processo, deve ser prestigiada na instância revisora.

Conforme transcrição acima, verifica-se que, de fato, a Sentenciante ao definir os parâmetros de liquidação não determinou a observância da Súmula 340 do TST, in verbis:

"COMMISSIONISTA. HORAS EXTRAS. O empregado, sujeito a controle de horário, remunerado à base de comissões, tem direito ao adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) pelo trabalho em horas extras, calculado sobre o valor-hora das comissões recebidas no mês, considerando-se como divisor o número de horas efetivamente trabalhadas."

Dessa forma, sendo o reclamante comissionista puro, ou seja, recebendo salário variável, tem razão a reclamada ao pugnar pela aplicação do disposto na referida Súmula para pagamento das horas extras deferidas.

Contudo, no que concerne aos adicionais de 60% e 100% deferidos, não merece reparo a decisão recorrida. Isto porque a Súmula 340 do TST prevê o percentual mínimo de 50%, e no caso dos autos os instrumentos normativos prevêm percentuais maiores, devendo ser aplicados, conforme determinado em primeiro grau.

Portanto, dou provimento parcial para determinar que na apuração das horas extras deferidas deverá também ser observada a Súmula 340 do TST, obedecidos os demais parâmetros fixados na origem.

Ainda, no que tange ao ticket refeição, sendo incontroverso que a reclamada não fornecia lanche ao autor e que esse laborava para além de duas horas extras por dia, devida a indenização, mantendo-se a anterior decisão.

INDENIZAÇÃO POR QUILÔMETROS RODADOS

Reclama descaber referida indenização, uma vez que a utilização de veículo próprio era mera liberalidade. Formula, ainda, que, caso se entenda pela condenação, a quilometragem indicada pelo reclamante, bem como o valor arbitrado pelo quilômetro rodado, estão além do razoável.

Examino.

Entendo que os custos da atividade econômica não podem ser transferidos ao trabalhador (princípio da alteridade, art. 2º da CLT), razão pela qual, ao utilizar veículo do empregado

para a prestação de serviços, cumpre ao empregador ressarcir os gastos despendidos, o que inclui indenização pela depreciação e o gasto com combustíveis.

Com relação ao uso de veículo próprio, a testemunha convidada pelo reclamante afirmou: "[...]; os consultores utilizavam veículo próprio na prestação de serviços, sem receberem ajuda de custo; o depoente rodava cerca de 600km por mês não sabendo quanto ao autor, mas como este vendia mais, devia rodar mais; nunca fez o cálculo de quanto gastava em gasolina com isso; [...]".

Nota-se, portanto, que o veículo foi utilizado em proveito da empregadora, a fim de fomentar a sua atividade e garantir-lhe maior lucro.

Nesse contexto, evidenciado que o veículo de sua propriedade constituía uma ferramenta de trabalho e sendo certo que os custos do empreendimento não podem ser transferidos para o empregado, a teor do caput do art. 2º da CLT, faz jus a uma reparação pelo uso e natural desgaste decorrente da utilização do bem na realização do trabalho.

O d. Juízo de origem fixou a quilometragem a ser indenizada pela reclamada, sob os seguintes fundamentos:

Reputo razoável o valor pleiteado pelo autor na inicial a título de indenização por quilômetro rodado, sendo certo que o empregador deve assumir todos os riscos e despesas de sua atividade econômica, sem transferi-los aos empregados. Dessa forma, defiro ao reclamante:1) Pagamento/indenização sobre os quilômetros rodados, combustível, desgaste e manutenção do veículo, considerando, na média de 800 km por mês, tendo o valor do km rodado no importe de R\$ 1,50 (um real e cinquenta centavos), durante todo o contrato de trabalho.

Tendo-se em vista o depoimento da testemunha obreira quanto a sua própria média de vendas e a quilometragem por ele percorrida, transportando para o reclamante e as suas características, reputo razoável a decisão *a quo*.

Assim, não havendo qualquer outro elemento de prova, nada há a reparar na sentença que arbitrou a quilometragem percorrida pelo autor de forma proporcional à sua produtividade, critério este que se mostra razoável.

Tampouco merece prosperar a alegação empresária de que o reconhecimento do uso do veículo para o trabalho comprovaria a inexistência de controle de jornada. Isto

porque, conforme já exposto, ainda que o autor também se deslocasse para localidades diversas em razão do trabalho, suas atividades eram em maior parte desenvolvidas nos stands de venda, com horários definidos e acompanhados pela ré, conforme farta documentação.

Nego provimento.

RECURSO DO RECLAMANTE

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

O reclamante não se conforma com a decisão que considerou incompetente a Justiça do Trabalho para julgar o pleito relativo aos recolhimentos previdenciários, pleiteando a reforma da sentença no aspecto, sob o argumento único de entender ser competente esta Especializada para a cobranças das contribuições previdenciárias.

Insiste na reforma, eis que a primeira instância assim fundamentou:

Em relação ao reconhecimento previdenciário do período ora reconhecido, conforme decisão do STF nos autos do Recurso Extraordinário 569.056 (Julgamento de Embargos de Declaração - DJE 02.02.2015), "a competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança apenas a execução das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir". De outro modo, a Lei 8.212/1991, em seu artigo 33 dispõe que "À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)". Portanto, nada obstante a incompetência material da Justiça do Trabalho para, ainda que reconhecido vínculo empregatício, proceder à execução de ofício no que tange aos recolhimentos previdenciários incidentes, mas sem ignorar a existência de hipótese de incidência tributária, determino, após o trânsito em julgado, a expedição de ofício à Secretaria da Receita Federal do Brasil para ciência e providências que entender cabíveis, em vias próprias (artigo 33 da Lei 8.212/1991).

Sem razão.

No presente caso o vínculo de emprego somente foi reconhecido em juízo.

E da forma exposta na r. sentença, a competência desta Especializada limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores objeto do acordo homologado, conforme inciso I da Súmula 368 do TST.

Para melhor elucidação da controvérsia, convém transcrever o texto da

referida Súmula 368 do TST:

I. A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário-de-contribuição.

II. É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo incidir, em relação aos descontos fiscais, sobre o valor total da condenação, referente às parcelas tributáveis, calculado ao final, nos termos da Lei n. 8.541/92, art. 46, e Provimento da CGJT n. 03/05.

III. Em se tratando de descontos previdenciários, o critério de apuração encontra-se disciplinado no art. 276, parágrafo 4º, do Decreto n. 3.048/99, que regulamenta a Lei n. 8.212/91 e determina que a contribuição do empregado, no caso de ações trabalhistas, seja calculada mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição.

Corroborando o entendimento prevalente consubstanciado na Súmula 368, I, do TST, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 569056, interposto pelo INSS contra decisão do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, declarou que a Justiça do Trabalho é incompetente para executar as contribuições sociais advindas do reconhecimento de vínculo de emprego, ocasião em que foi proposta a edição de Súmula Vinculante sobre o tema, ainda não publicada.

Portanto, prevaleceu no Excelso Supremo Tribunal Federal, malgrado a dicção do art. 876, parágrafo único, da CLT, o entendimento de que a Justiça do Trabalho é incompetente para cobrar e executar as contribuições sociais correspondentes ao período contratual reconhecido no termo de transação ou na sentença condenatória, exatamente o posicionamento majoritário adotado pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, conforme inciso I da Súmula 368 do TST.

Assim, a competência desta Especializada não alcança as verbas oriundas de sentença declaratória de reconhecimento do vínculo de emprego.

Logo, a competência da Justiça do Trabalho cinge-se à execução das contribuições previdenciárias pertinentes às sentenças condenatórias em pecúnia e aos valores ou objeto de acordo homologado, que integram o salário de contribuição, não abrangendo as contribuições devidas no período contratual do vínculo de emprego declarado por decisão judicial ou em decorrência de acordo celebrado entre as partes e homologado judicialmente.

Em consonância com o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 569056 e pela Súmula 368, I, do TST, mantém-se a decisão de 1º grau, que declarou a incompetência da Justiça do Trabalho para determinar que a reclamada comprove o recolhimento das contribuições sociais referentes ao período contratual reconhecido judicialmente.

Ressalte-se que foi determinada a expedição de ofício à Receita Federal, nada mais cabendo à esta Turma.

Nada há a prover.

INTERVALO DO ARTIGO 384 DA CLT

Insiste o autor que o intervalo do artigo 384 da CLT seria aplicável a trabalhadores do sexo masculino.

Sem razão.

O fato de não haver incompatibilidade do texto expresso no artigo 384 da CLT, com qualquer preceito constitucional, não significa que o reclamante, do sexo masculino, seja detentor do direito.

E, segundo posicionamento assente nesta E. 4ª Turma, a igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica entre os sexos, eis que, como de ciência, é flagrante a diferença da compleição física entre homens e mulheres.

Assim é que o maior desgaste da mulher trabalhadora, inúmeras vezes sobrecarregada com as funções de mãe, dona de casa e profissional, deve receber também maior consideração do Legislador Constituinte, que, através do inteiro teor do art. 384 da CLT, concedeu-lhe intervalo de 15 minutos antes de se ativar no sobrelabor, tempo necessário à recomposição de sua energia física e psíquica, para continuação da atividade profissional.

Recepcionados os dizeres do art. 384 da CLT, que não há ser aclamado inconstitucional, inofensivo que a destinação textual e o verdadeiro escopo da norma se dirigem à trabalhadora do sexo feminino, apenas.

Nesse sentido, a recente Súmula deste Egrégio Tribunal, fruto do incidente de uniformização de jurisprudência n. 02014-2013-100-03-00-2-IUJ, in verbis: SÚMULA N. 39:

TRABALHO DA MULHER. INTERVALO DE 15 MINUTOS. ART. 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CR/88 COMO DIREITO FUNDAMENTAL À HIGIENE, SAÚDE E SEGURANÇA. DESCUMPRIMENTO. HORA EXTRA. O art. 384 da CLT, cuja destinatária é exclusivamente a mulher, foi recepcionado pela CR/88 como autêntico direito fundamental à higiene, saúde e segurança, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal, pelo que, descartada a hipótese de cometimento de mera penalidade administrativa, seu descumprimento total ou parcial pelo empregador

gera o direito ao pagamento de 15 minutos extras diários. (RA 166/2015, disponibilização: DEJT/TRT3/Cad. Jud. 16/07/2015, 17/07/2015 e 20/07/2015).

Desprovejo.

TICKET-REFEIÇÃO (recurso de ambas as partes)

Não se conforma o autor com o valor fixado em R\$5,00 a título de ticket refeição diário, invocando o princípio da razoabilidade para pleitear a majoração daquela importância para o valor mínimo de R\$15,00 diários, com base em cláusulas normativas.

Por sua vez a reclamada aduz descaber pagamento de vale alimentação, eis que não ocorreu trabalho em hora extraordinária além da 2ª hora diária.

As horas extras deferidas foram mantidas, conforme tópico anterior, bem como a jornada fixada nos moldes da inicial (id 4fe2699). Assim, ao contrário do que alega a reclamada, havia sim prestação de duas horas extras diárias, sendo devida a parcela em comento, conforme decidido em primeira instância:

O benefício vem previsto convencionalmente para aqueles empregados que fazem mais de duas horas extras por dia e também na parte da manhã, sendo incontroverso que a reclamada não fornecia o lanche ao autor. Todavia, o valor sugerido pelo reclamante a título de indenização diária não se mostra razoável, fixando-se, a este título, o valor de R\$5,00 por dia, naqueles dias em que o reclamante tiver laborado mais de duas horas extras por dia, conforme se apurar. Sendo assim, defiro ao reclamante: m) indenização auxílio refeição/lanche, como indenização substitutiva, pela sua não concessão, com juros e correção monetária, nos termos da fundamentação.

Quanto ao valor fixado, corroboro o entendimento primevo, não merecendo majoração ou redução aquele montante.

Mantenho.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Insiste no pleito de condenação da ré ao pagamento de honorários advocatícios contratuais.

De fato, constou da inicial o pleito relativo "p) *Indenização de 20% sobre o valor bruto da condenação para repor o desembolso de 20% de verbas honorária despendida aos patronos consignatários e assim haver efeito reparo do dano sofrido, com fundamento, nos artigos 389, 404 e 927 do novo código civil, conforme fundamentação a priori;*" (id 4fe2699).

Todavia, em que pese nada se tenha decidido na sentença a respeito (id 44874e9), verifico que não houve comprovação de estar o autor assistido pelo Sindicato da Categoria.

Assim, a questão se dirime tendo em vista o recente julgamento do processo n. 00368-2013-097-03-00-4 IUJ, tema "honorários advocatícios. Perdas e danos. Cabimento. Inteligência dos artigos 389 e 404, do Código Civil de 2002", em que o E. Pleno deste Tribunal, por maioria absoluta de votos, determinou a edição da Súmula n. 37, com a seguinte redação:

"POSTULADO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERDAS E DANOS. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 389 E 404 DO CÓDIGO CIVIL. É indevida a restituição à parte, nas lides decorrentes da relação de emprego, das despesas a que se obrigou a título de honorários advocatícios contratados, como dano material, amparada nos arts. 389 e 404 do Código Civil."

Pacificada a matéria, em comunhão com a Orientação Jurisprudencial n. 305, da SDI-I/TST e súmulas 219, item I e 329, também da Corte Superior Trabalhista.

Uma vez que o reclamante não está assistido pelo Sindicato da Categoria, obstado o deferimento dos honorários advocatícios postulados.

Diferentemente do âmbito do direito processual civil, onde sempre reinou soberano o princípio da sucumbência, é consabido que, no direito processual do trabalho, não incidem as disposições do artigo 20 do CPC, como venho há muito defendendo.

Registre-se que a Súmula 329 do TST é incisiva ao estabelecer que, mesmo após a Constituição da República de 1988 (notadamente o artigo 133), prevalece o entendimento de serem devidos honorários advocatícios na hipótese de concessão da justiça gratuita e assistência do trabalhador pelo sindicato, concomitantemente, o que não ocorre na espécie.

Sem a satisfação dos requisitos expressos na Lei n. 5584/70, e como pacificado jurisprudencialmente, não se cogita em concessão de honorários advocatícios obrigacionais, sequer sob o prisma indenizatório a título de perdas e danos.

Em reforço, confira-se a jurisprudência do c. TST:

RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. O entendimento desta Corte é no sentido de serem inaplicáveis os arts. 395 e 404, ambos do Código Civil, em face da evidência de, na Justiça do Trabalho, não vigorar o princípio da sucumbência insculpido no Código de Processo Civil, estando a verba honorária regulada pelo artigo 14 da Lei nº 5.584/70. Os honorários advocatícios estão condicionados estritamente ao preenchimento dos requisitos indicados na Súmula nº 219 do TST, ratificada pela Súmula nº 329 da mesma Corte, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família, entendimento confirmado pela Orientação

Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1, não se havendo falar em perdas e danos. Recurso de revista não conhecido." (TST-RR - 1451-68.2011.5.03.0098, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, DEJT - 19/10/2012).

Inaplicáveis, portanto, os ditames dos artigos 395 e 404, ambos do Código Civil, e regulada a matéria através do disposto no artigo 14, da Lei nº 5.584/70.

Nego provimento.

AVISO PRÉVIO

O reclamante alega que a decisão a quo foi clara quanto ao pleito de extensão do Aviso Prévio Indenizado, na razão de 3 dias a mais em cada ano de contrato de trabalho, conforme Lei nº 12.506 de 2011.

De fato, na sentença constou o deferimento do aviso prévio indenizado, não tendo restado especificado nada a respeito, o que não poderia acarretar em preclusão em prejuízo do autor.

Com efeito, a Lei n. 12.506/2011 dispõe que ao aviso prévio de 30 dias serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta dias), perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

E em que pese a Lei em referência tenha gerado interpretações diversas, o Ministério de Trabalho e Emprego emitiu a Nota Técnica nº 184/2012, orientando sobre a forma de contagem do aviso prévio proporcional, vazado nos seguintes termos:

"O acréscimo de 3 (três) dias por ano de serviço prestado ao mesmo empregador, computar-se-á a partir do momento em que a relação contratual supere um ano na mesma empresa"

Frise-se que referida interpretação se coaduna com as diretrizes do Direito Trabalhista e merece ser prestigiada.

Na hipótese dos autos, o contrato de trabalho do reclamante perdurou entre 01/07/2010 e 18/07/2014, ou seja, por mais de 04 anos, de forma que, ao total, devem ser acrescidos 12 dias ao aviso prévio de 30 dias, totalizando 42 dias.

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso obreiro para fixar o aviso prévio indenizado na razão de 42 dias. (*jbc*)

Conclusão do recurso

Conheço dos recursos ordinários interpostos pelas partes e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso obreiro para fixar o aviso prévio indenizado na razão de 42 dias; provimento parcial ao recurso empresário para determinar que na apuração das horas extras deferidas deverá também ser observada a Súmula 340 do TST, obedecidos os demais parâmetros fixados na origem.

Acórdão

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, pela sua Quarta Turma, na Sessão de Julgamento, Ordinária, realizada no dia 16 de dezembro de 2015, à unanimidade, conheceu dos recursos ordinários interpostos pelas partes; no mérito, sem divergência, deu provimento parcial ao recurso obreiro para fixar o aviso prévio indenizado na razão de 42 dias; por maioria de votos, deu provimento parcial ao recurso empresário para determinar que na apuração das horas extras deferidas deverá também ser observada a Súmula 340 do TST, obedecidos os demais parâmetros fixados na origem, vencido o Exmo. Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho, quanto às horas extras e aos quilômetros rodados.

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2015.

JÚLIO BERNARDO DO CARMO

Desembargador Relator

Tomaram parte neste julgamento os Exmos.: Desembargador Júlio Bernardo do Carmo (Presidente e Relator), Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães e Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho.

Representante do Ministério Público do Trabalho presente à sessão: Dra. Maria Christina Dutra Fernandez.

Composição da Turma em conformidade com o Regimento Interno deste Regional e demais Portarias específicas.

Sustentação oral: Dr. Rafael Antunes Frederico, pela 2ª recorrente.

Válbia Maris Pimenta Pereira

Secretária da Sessão