

ACÓRDÃO N.

1ª TURMA – 2ª CÂMARA

RECURSO ORDINÁRIO

AUTOS N. 0000960-26.2014.5.15.0097

1º RECORRENTE: PREST-SERV JUNDIAÍ TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA.

2º RECORRENTE: CICERO GOMES DA SILVA

ORIGEM: 4ª VARA DO TRABALHO DE JUNDIAÍ

JUIZ SENTENCIANTE: CESAR REINALDO OFFA BASILE

INTERVALO INTRAJORNADA. SUPRESSÃO PARCIAL. PAGAMENTO INTEGRAL. Após a edição da Lei n. 8.923/94, que acrescentou o § 4º ao artigo 71 da CLT, a falta de concessão ou concessão parcial de intervalo para repouso e alimentação impõe a obrigação de pagamento do período correspondente ao intervalo não concedido, não havendo que falar em limitação da condenação apenas ao tempo remanescente para integralizar o mínimo fixado em lei. Recurso da reclamada ao qual se nega provimento. **DANO MORAL. EXTRAPOLAÇÃO HABITUAL E ABUSIVA DOS LIMITES FÍSICOS E SOCIAIS DA JORNADA. TEMPO DE TRABALHO BEM SUPERIOR AO LIMITE ESTABELECIDO NO ARTIGO 59 DA CLT, INCLUSIVE EM DIAS DE DESCANSO E FERIADOS. CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.** A limitação da jornada de trabalho e o descanso semanal remunerado são medidas de suma importância, pois refletem no aspecto fisiológico, social e econômico do empregado. O trabalhador precisa descansar para recompor suas energias, recuperando-se do cansaço físico e mental, além de relacionar-se com sua família e amigos, com tempo para atividades de lazer, religiosas, esportivas, etc. Nesse contexto, inegável o dano extrapatrimonial sofrido pelo autor, que durante meses seguidos teve sua jornada extraordinária transformada em ordinária, em tempo muito superior aos limites aceitáveis pela legislação vigente, em desrespeito aos direitos fundamentais e à limitação física e social da jornada, ao descanso semanal remunerado e ao lazer, sendo privado do convívio familiar, social e da realização de atividades extra laborais, situação que, indubitavelmente, atingiu os direitos de personalidade do trabalhador, em suma, sua dignidade humana. Recurso do reclamante a que se nega provimento.

Inconformadas com a r. sentença de fls.573-589, complementada pela decisão de embargos de declaração de fls.604-606 e que

julgou os pedidos parcialmente procedentes, dela recorrem as partes.

A reclamada, às fls.608-626, alega preliminarmente inépcia da petição inicial. No mérito, se insurge contra a condenação ao pagamento de horas extras, intervalo interjornada, intervalo intrajornada, descanso de direção, reflexos das verbas da condenação em descansos semanais remunerados e diferenças de diárias. Sucessivamente, postula que a parte variável do salário do reclamante seja calculada com base na súmula 340 do TST e se insurge contra a utilização do IPCA como índice de atualização monetária.

O reclamante, de forma adesiva, às fls.661-682, postula inclusão do "tempo de espera" na jornada de trabalho, integração das diárias à remuneração e indenização por dano existencial.

Contrarrazões do reclamante às fls.633-659 e da reclamada às fls.685-693.

Os autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho ante o disposto no artigo 111 do Regimento Interno deste E. TRT da 15ª Região.

Relatados.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

RECURSO DA RECLAMADA

1. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL.

A jornada de trabalho foi devidamente descrita nos itens "4" a "6" da petição inicial, nos termos do artigo 840, parágrafo único, da CLT, não se verificando a inépcia alegada pela reclamada.

Rejeito.

2. INTEGRAÇÃO DO SALÁRIO PRODUTIVIDADE.

A reclamada não nega o pagamento extra folha alegado na petição inicial. Contudo, defende sua natureza indenizatória, advogando que os valores eram quitados a título de prêmio aos empregados que preservavam

o caminhão e economizavam combustível.

Na lição de Maurício Godinho Delgado:

"... o prêmio, na qualidade de contraprestação paga pelo empregador ao empregado, tem nítida feição salarial. Nesta linha, sendo habitual, integra o salário obreiro, repercutindo em FGTS, aviso-prévio, 13º salário, férias com 1/3, etc. (Súmula 209, STF), compondo também o correspondente salário de contribuição..." (in p. Curso de direito do trabalho. 13ª ed. São Paulo: LTr, 2014, 801, grifo não original).

Nego provimento ao recurso.

3. JORNADA DE TRABALHO.

A reclamada se insurge contra a condenação ao pagamento de horas extras antes da entrada em vigor da lei 12.619/2012 invocando o artigo 62, I, da CLT.

A duração do labor prevista no Capítulo II do Título II da CLT não abrange os empregados que exerçam atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na CTPS e no registro de empregado. O que define tais atividades, para os fins previstos na lei obreira, é o fato de estarem fora da permanente fiscalização e controle do empregador, sem que se possa saber qual o tempo de labor efetivo. Contudo, mesmo que o serviço seja externo, se o empregado estiver sujeito a controle de horário, ou se houver a possibilidade desse controle, fará jus às horas extras.

Conforme já fundamentado na r. sentença, o preposto admitiu que era a empresa quem determinava o local de entrega das mercadorias e o empregado se comunicava com a empregadora, via celular, para que lhe fosse indicado o novo destino (itens 9 e 17 do depoimento de fl. 238).

Foi utilizada, como prova emprestada, a ata de audiência do processo n. 959-41.2014. A testemunha obreira disse que a empresa rastreava o caminhão, o que foi confirmado pela testemunha patronal, ao asseverar que sempre existiu rastreamento.

Conclui-se, com base nos depoimentos, que era possível à empregadora conhecer a real jornada de trabalho praticada pelo autor, seja porque determinava os locais das entregas, sendo porque o obreiro dispunha

de celular para informar suas atividades. Fica afastada, assim, a incidência do artigo 62, I, consolidado, ao presente caso concreto.

Com base na prova oral, o MM.Juízo de origem fixou a jornada de trabalho do reclamante, para o período anterior a 21.06.2012, como sendo das 5h às 23h, com trinta minutos de intervalo intrajornada, e duas folgas de vinte e quatro horas por mês.

O preposto admitiu que a jornada se dava das 6h às 19h/20h, não necessariamente de direção, mas à disposição. Nos termos do artigo 4º da CLT, esse tempo deve ser remunerado, à exceção do "tempo de espera", que a testemunha obreira informou ser de quatro horas diárias. A testemunha patronal confirmou que laborava dez horas diárias, em média.

Assim, conclui-se que a prova oral produzida pela ré confirmou a existência de horas extras em favor do reclamante, pois se verifica que havia labor superior a oito horas por dia.

Quanto ao tempo efetivamente laborado, a testemunha obreira disse que trabalhavam das 5h às 23h, com trinta minutos de intervalo para refeição e a testemunha patronal confirmou que o empregado podia optar por uma jornada de vinte horas, conforme sua conveniência. Contudo, a testemunha obreira também disse que "quanto a carga era liberada por volta das 10h ficava livre até esse horário". Assim, com base na média dos horários, provejo em parte o apelo da ré, para fixar o início do expediente do autor às 7h30.

A testemunha patronal disse que dispunha de uma hora e trinta minutos a duas horas de intervalo intrajornada. Nesse ponto, entendo que a prova oral ficou dividida quanto ao tema e, por isso, deve ser julgada contra quem detinha o seu ônus. No caso, a ré, nos termos dos artigos 818 da CLT e 373, II, do CPC, ante a possibilidade de controle da jornada do autor e o afastamento do artigo 62, I, da CLT, do presente caso. Assim, fica mantido o intervalo intrajornada como sendo de trinta minutos diários.

O encerramento do expediente fica mantido como sendo 23h com base no depoimento da testemunha arrolada pelo autor.

A testemunha arrolada pelo autor disse que trabalhavam ininterruptamente, incluindo sábados, domingos e feriados, com apenas duas folgas mensais. Como essa afirmação não foi infirmada pela testemunha patronal, fica mantida a decisão guerreada quanto aos dias trabalhados.

Quanto ao período posterior a 21.06.2012, provejo o apelo da ré, para estabelecer que, nos meses em que não há papeletas de controle de jornada, a jornada de trabalho do reclamante seja fixada com base na média

dos horários anotados nas papeletas que acompanharam a defesa.

4. INTERVALO INTERJORNADA.

A jornada de trabalho fixada judicialmente revela desrespeito ao intervalo mínimo de descanso previsto no artigo 235-C, §3º, da CLT.

O preceito em epígrafe tem como escopo preservar o estado de saúde do trabalhador, garantindo-lhe um intervalo mínimo para que possa recuperar suas energias. Assim, o desrespeito ao referido intervalo gera para o empregado o direito ao pagamento das horas suprimidas, como extras, a título de remuneração pelo sacrifício maior exigido.

Considerando o aspecto protetor da legislação quanto à saúde do trabalhador, o pagamento das horas extras não exime o empregador de cumprir o intervalo acima preconizado, haja vista que as extraordinárias são devidas como contraprestação da extrapolação da jornada de trabalho diária.

Sendo assim, o desrespeito ao descanso mínimo interjornada acarreta, de fato, os mesmos efeitos que o parágrafo quarto, do artigo 71 da Consolidação das Leis do Trabalho atribui ao descumprimento do intervalo intrajornada.

Rejeito.

5. INTERVALO INTRAJORNADA.

Após a edição da Lei n. 8.923/94, que acrescentou o § 4ª ao artigo 71 da CLT, a não concessão de intervalo para repouso e alimentação impõe a obrigação de pagamento do período correspondente ao intervalo não concedido, acrescido do adicional de 50%, não havendo falar em limitação da condenação apenas ao tempo remanescente para integralizar o mínimo fixado em lei, nos termos do item I da Súmula n. 437 do E. TST. Assim, o intervalo intrajornada sonogado, ainda que parcialmente, deve ser pago de forma integral, com o acréscimo de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do valor da remuneração da hora normal de trabalho.

A verba possui natureza jurídica salarial, nos termos do item III da Súmula n. 437 do E. TST, razão pela qual ficam mantidos os reflexos deferidos na origem.

A remuneração prevista no artigo 71, § 4º, da CLT é

devida mesmo que o tempo trabalhado durante o intervalo seja pago como jornada normal ou como extra, pois se refere à situação distinta da hora extra normal trabalhada pelo empregado, não havendo falar em *bis in idem*, como pretende fazer a crer a recorrente. A ofensa a dispositivos de ordem pública, que visam preservar a saúde e integridade física do trabalhador, não se confunde com a condenação pelo efetivo trabalho no interregno. Diversos são os fatos geradores.

Nego provimento.

6. DESCANSO DE DIREÇÃO.

Conforme corretamente fundamentou o MM. Juízo de origem, o artigo 235-D, I, da CLT, com vigência a partir de 02.05.2012 até o fim do contrato de trabalho, disciplinava que nas viagens de longa distância, assim consideradas aquelas em que o motorista profissional permanece fora da base da empresa e de sua residência por mais de vinte e quatro horas, era devido um intervalo de trinta minutos para descanso a cada quatro horas de tempo ininterrupto de direção.

Como a reclamada não comprovou a concessão de aludido intervalo, nos termos dos artigos 818 da CLT e 373, II, do CPC, fica mantida a condenação.

Rejeito.

7. REFLEXOS EM DESCANSOS SEMANAIS REMUNERADOS.

O salário mensal remunera apenas os repousos referentes às horas normais trabalhadas, e não aquelas decorrentes dos reflexos das horas extras.

Assim, independentemente de tratar-se de empregado mensalista ou horista, em havendo prestação de horas extras, estas devem ser computadas no valor dos descansos semanais remunerados, conforme expressamente previsto no artigo 7º, “a”, da Lei 605/49, não havendo, com isto, *bis in idem*.

Rejeito.

8. SÚMULA 340 DO TST.

O artigo Art. 235-G da CLT preceitua que "é permitida a

remuneração do motorista em função da distância percorrida, do tempo de viagem ou da natureza e quantidade de produtos transportados, inclusive mediante oferta de comissão ou qualquer outro tipo de vantagem, desde que essa remuneração ou comissionamento não comprometa a segurança da rodovia e da coletividade ou possibilite a violação das normas previstas nesta Lei" (grifo não original).

No presente caso, o pagamento do prêmio tinha como requisitos a quilometragem percorrida, o cumprimento de entregas no horário e a economia de combustível.

Contudo, a estafante jornada de trabalho a que se submetia o reclamante, com muitas horas na direção do veículo, comprometia a segurança da coletividade e da rodovia.

Em razão do número excessivo de horas extras a que estava submetido o autor, era defeso sua remuneração por meio de prêmios e, por isso, fica afastada a incidência da súmula 340 do TST no presente caso concreto.

Fica mantida a r. sentença, ainda que por fundamento diverso.

9. DIFERENÇAS DE DIÁRIAS.

Corroboro o entendimento do MM. Juízo de origem no sentido de que os documentos de fls.422/461 (controles de pagamento de diárias/pernoite) são confusos, sendo que muitos deles não contam com a assinatura do autor. Ademais, a prova do pagamento se faz por meio de recibo, o que não foi juntado aos autos.

A testemunha Vitor, ouvida a rogo da reclamada, disse que o motorista sai com um pouco de dinheiro e três cheques para serem descontados em caso de emergência, o que corrobora a afirmação obreira de que recebia R\$200,00 em dinheiro e cheques no valor de R\$300,00. A soma desse valores perfaz o total de R\$1.100,00 que o reclamante afirmou receber a título de diárias na peça de ingresso.

Contudo, considerando-se os valores contidos nas normas coletivas e a jornada fixada na r. sentença, mormente quanto aos dias trabalhados, há diferenças em favor do reclamante, considerando-se serem devidas diárias de almoço, jantar e pernoite.

Fica mantida a r. sentença.

10. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.

O Supremo Tribunal Federal concedeu liminar em reclamação para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Pleno do TST considerou inconstitucional o art. 39 da Lei 8.177/91. Em consequência, impõe-se a conclusão de que o art. 39 da Lei nº 8.177/91, na parte em que se refere à TRD, continua em vigor.

Ademais, em 10.03.2016, em nova reclamação dirigida ao STF, na qual se apreciou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, o Exmo. Sr. Ministro Dias Toffoli decidiu que toda a Justiça do Trabalho deve observar a regra de atualização monetária contida no art. 39 da Lei 8.177/91. Assim, a utilização do IPCA-E ou INPC para esse fim está suspensa.

Logo, o índice de correção monetária do débito trabalhista nestes deve ser a TRD, e não o IPCA-E. Provejo o apelo.

RECURSO DO RECLAMANTE

1. TEMPO DE ESPERA NO CURSO DA JORNADA.

O §8º do artigo 235-C, da CLT, é claro ao excluir o tempo de espera do cômputo das horas extraordinárias. Não se verifica qualquer inconstitucionalidade no dispositivo, que não contraria artigos da Constituição da República.

Provejo em parte o apelo, contudo, para fixar a exclusão de aludidas horas apenas a partir da entrada em vigor da lei 12.619/2012.

2. INTEGRAÇÃO DAS DIÁRIAS AO SALÁRIO.

Por amostragem, verifico que, considerando-se as normas coletivas de 2011/2012 o autor deveria ter recebido R\$1.262,8 a título de diárias (R\$45,10 previsto na cláusula 12ª x 28 dias laborados, considerando-se o mês de trinta dias e duas folgas mensais). O salário mensal de abril de 2012, por exemplo, foi R\$1.268,00, fl.43.

Assim, ante o limite imposto pelo artigo 475, §2º, da CLT, defiro o apelo do autor, para deferir os reflexos das diárias em horas extras, domingos e feriados, férias com 1/3, 13º salário e fundo de garantia por tempo de serviço.

3. DANO EXISTENCIAL.

Verifica-se que o reclamante estava submetido a uma jornada estafante de trabalho, laborando por mais de doze horas diárias. Mesmo após a entrada em vigor da Lei 12.619/12, as papeletas de controle de jornada registram expedientes de treze a quinze horas diárias de labor (fl.329, por amostragem).

A dignidade da pessoa humana, elevada a princípio fundamental da República Federativa do Brasil no artigo 1º, III da Carta Magna, está na base da grande maioria dos direitos insertos em nosso ordenamento jurídico, entre os quais do direito à saúde, ao trabalho, ao lazer (art. 6º da CF), à limitação da jornada, aos descansos semanais e anuais remunerados (art. 7º, XIII, XIV, XV e XVII da CR).

No plano internacional, tais direitos também encontram previsão nos seguintes Tratados, devidamente incorporados ao ordenamento jurídico pátrio:

"... Art. 7º. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

(...)

d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados"

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

"Art. 7º. Os Estados-Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e satisfatórias, para que o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular:

(...)

g. Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de

trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos;

h. Repouso, gozo de tempo livre, férias remuneradas, bem como a remuneração dos feriados nacionais."

Protocolo Adicional à convenção americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais...".

A CLT, em seu artigo 235-C, §1º, limita o labor extraordinário em, no máximo, duas horas diárias, e apenas excepcionalmente, em razão de força maior, tal limite pode ser excedido, nos termos do artigo 235-E, §9º, da CLT. Há, ainda, no §3º do artigo 235-C, a previsão de um descanso semanal remunerado de trinta e cinco horas consecutivas.

Todo trabalho deve ser executado dentro de certos limites físicos e sociais, sob pena de, na prática, retornamos à sua origem etimológica que remete à tortura (do latim "tripalium", que originou o verbo "tripaliare") e às condições desumanas vivenciadas na Revolução Industrial.

Como preconizado na Declaração de Filadélfia de 1944, o trabalho não é uma mercadoria e, por conseguinte, não pode ser tratado como uma coisa, um meio para se atingir um fim, ao revés, deve respeitar a integridade e os direitos humanos e fundamentais do trabalhador, para legitimar a relação de subordinação jurídica e econômica existente entre empregador e empregado.

A limitação da jornada de trabalho e o descanso semanal remunerado são medidas de suma importância, pois refletem no aspecto fisiológico, social e econômico do empregado. O trabalhador precisa descansar para recompor suas energias, recuperando-se do cansaço físico e mental.

Tais direitos, somados aos demais direitos humanos e fundamentais, formam o denominado trabalho decente, sobre o que leciona José Cláudio Monteiro de Brito Filho:

"... Não há trabalho decente sem condições adequadas à preservação da vida e da saúde do trabalhador. Não há trabalho decente sem justas condições para o trabalho, principalmente no que toca às horas de trabalho e aos períodos de repouso (...)

Trabalho decente, então, é um conjunto mínimo de direitos do

trabalhador que corresponde: à existência de trabalho; à liberdade de trabalho; à igualdade no trabalho; ao trabalho em condições justas, incluindo a remuneração, e que preservem a sua saúde e segurança; à proibição do trabalho infantil; à liberdade sindical; e à proteção contra os riscos sociais...". (pg. 52, Trabalho Decente. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2010).

Ainda, a duração da jornada laboral está umbilicalmente atrelada à saúde e segurança no trabalho, já que o excesso de labor acarreta maior fadiga ao obreiro, tornando-o mais vulnerável a acidentes ocupacionais.

A jornada a que o reclamante estava submetido tangencia a jornada exaustiva típica da condição análoga à de escravo, de que trata o artigo 149 do Código Penal.

Registre-se que, para a concessão da indenização por dano moral, deve o interessado comprovar o fato objetivo que alega ter-lhe causado o prejuízo interior e o juiz avaliar se este fato realmente causaria ou não um abalo íntimo na maioria ou na média das pessoas em iguais condições. É o que a doutrina denomina de dano moral *in re ipsa*.

Nesse contexto, inegável o dano extrapatrimonial sofrido pelo autor, que durante meses seguidos teve sua jornada extraordinária transformada em ordinária, em tempo muito superior aos limites aceitáveis pela legislação vigente, em desrespeito aos direitos fundamentais e à limitação física e social da jornada, ao descanso semanal remunerado e ao lazer, sendo privado do convívio familiar, social e da realização de atividades extra laborais, situação que, indubitavelmente, atingiu os direitos de personalidade do trabalhador, em suma, sua dignidade humana, sendo um dos motivos que o levou a buscar a rescisão indireta do seu contrato de trabalho.

Embora comungue do entendimento de que a violação a certos direitos trabalhistas não configura dano moral, pois o ordenamento jurídico já prevê multas, juros, correção monetária entre outras penalidades, a presente situação extrapolou os limites da razoabilidade e do juízo de proporcionalidade, sendo que a mera quitação das horas extras prestadas não elide os danos acarretados ao reclamante, ou seja, não "compra" a violação aos seus direitos fundamentais, razão pela qual faz jus o obreiro à indenização pleiteada e deferida na origem.

A jurisprudência e a doutrina orientam que a indenização por danos morais deve ser fixada com prudência, sendo vedado o enriquecimento daquele que o afeita e o imoderado abalo econômico de quem o deve pagar.

Considerando-se a desídia da ré quanto ao cumprimento das normas de segurança do trabalho, o porte econômico da empregadora, o tempo de duração do pacto laboral (20.01.2010 a 26.12.2013) e o caráter pedagógico da medida, arbitro o valor da indenização em R\$20.000,00, punindo a reclamada e evitando o enriquecimento ilícito do reclamante.

DIANTE DO EXPOSTO, decido conhecer dos recursos da reclamada PREST-SERV JUNDIAÍ TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA. e do reclamante CICERO GOMES DA SILVA, rejeitar a preliminar e, no mérito, os prover em parte. O da reclamada, para fixar o horário de início do expediente como sendo 7h30; estabelecer que, nos meses em que não há papeletas de controle de jornada, a jornada de trabalho do reclamante seja fixada com base na média dos horários anotados nas papeletas que acompanharam a defesa; e fixar a TRD como índice de atualização monetária. O do reclamante, para fixar a exclusão do "tempo de espera" a partir da entrada em vigor da lei 12.619/2012 e condenar a reclamada ao pagamento de reflexos das diárias e indenização por danos morais. Tudo nos termos da fundamentação.

Para fins recursais, fica mantido o valor da condenação arbitrado na origem.

JOSÉ OTÁVIO DE SOUZA FERREIRA
DESEMBARGADOR DO TRABALHO
RELATOR