



02343-2012-040-03-00-3-RO

PRC05

Recorrentes: 1) VIC Logística Ltda.

2) Gilmar José Ferreira

Recorridos: 1) os mesmos e

2) Cooperativa Central dos Produtores Rurais de Minas Gerais Ltda.

EMENTA: HORAS EXTRAS – TRABALHO EXTERNO – CONTROLE DE JORNADA – A incidência do art. 62, I, da CLT tem caráter excepcional, restrita às hipóteses em que se mostra inviável a fixação do horário de trabalho. Exige-se que a atividade realizada pelo obreiro, além de externa, seja efetivamente incompatível com a fixação do horário de trabalho, distinguindo-se impossibilidade de mera resistência ou desinteresse em seu controle.

RELATÓRIO

Ao de f. 356/357 acrescento que a MM. 2.^a Vara do Trabalho de Sete Lagoas julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados.

Embargos declaratórios pela 1.^a ré, f. 373/376, julgados improcedentes, f. 382.

Recorrem a 1.^a ré e o autor.

A 1.^a reclamada, f. 384/399, insurge-se contra a sentença no seguinte: aviso prévio; adicional de insalubridade – vibração – honorários periciais; base de cálculo do adicional de insalubridade; controle de jornada – horas extraordinárias; intervalo intrajornada e interjornadas; ajudas de custo – diárias de viagem – ajuda alimentação; repousos semanais remunerados e feriados; programa de participação nos resultados; multa convencional; litigância de má-fé e multa por embargos de declaração protelatórios.

O reclamante, adesivamente, f. 419/425, insiste nos pedidos de: acúmulo de função; indenização substitutiva pela não contratação do seguro de vida e plano de saúde; indenização pelo não fornecimento de



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

02343-2012-040-03-00-3-RO

lanche; honorários advocatícios e inexistência de litigância de má-fé.
Contrarrazões pelo autor, somente, f. 408/417.
É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Conheço dos recursos, regularmente processados.

MÉRITO

RECURSO DA RECLAMADA

AVISO PRÉVIO

Como a própria ré reconhece, seu preposto disse que o reclamante optou por trabalhar 23 dias e folgar os últimos 7 dias.

De fato, o aviso prévio anexado f. 116 demonstra que o reclamante optou pela redução dos dias de trabalho.

Entretanto, o documento f. 147 prova que o reclamante trabalhou até o dia 02.07.2012, quando o correto seria interromper a prestação de serviços no dia 01.07.2012, o que implica que o prazo de 07 dias não foi respeitado.

Cumpra esclarecer que não está no poder diretivo do empregador a faculdade de modificar a forma de cumprimento do aviso prévio com folgas alternativas em outros dias, por se tratar de norma cogente cuja formalidade não pode ser ignorada.

Nego provimento.



02343-2012-040-03-00-3-RO

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE– VIBRAÇÃO – HONORÁRIOS PERICIAIS

Sobre o deferimento do adicional de insalubridade diz que a decisão é *extra petita*, pois não existe na inicial pedido fulcrado na vibração.

Aduz que não houve medição de vibração para caracterizar a insalubridade, sendo incabível impor à parte o ônus de pagamento antecipado da perícia, dizendo que por isso houve falta de defesa.

Sucessivamente requer a inversão dos honorários periciais ou sua redução para valores módicos em consonância com o trabalho realizado.

Sem razão.

Conforme jurisprudência sedimentada, não se exige que o obreiro, que em princípio é um leigo na matéria, seja capaz de identificar os agentes nocivos em seu local de trabalho, bastando, portanto, que faça o pedido, cabendo ao especialista averiguar se existe de trabalho em condições insalubres.

Neste sentido a Súmula 203 do TST:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CAUSA DE PEDIR. AGENTE NOCIVO DIVERSO DO APONTADO NA INICIAL (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A verificação mediante perícia de prestação de serviços em condições nocivas, considerado agente insalubre diverso do apontado na inicial, não prejudica o pedido de adicional de insalubridade.

Quanto ao debate sobre ônus de pagamento antecipado da perícia, tal é estranho aos autos, não existe condenação com fundamento na resistência de fazer tal adiantamento.

O laudo pericial elaborado, f. 291/299 detectou que as atividades desempenhadas pelo autor estavam enquadradas como atividade e operações insalubres por exposição ao agente físico vibração.

Os argumentos utilizados pela ré contra tal condenação são de natureza eminentemente técnica, para as quais o juízo se serve do auxílio do especialista. Suas ponderações foram objeto de pedido de esclarecimentos (f. 307/309), satisfatoriamente respondidos pelo *expert* (f. 316/317). Não houve impugnação aos esclarecimentos. Nada veio aos autos para satisfatoriamente infirmar sua conclusão.

Cumpra somente acrescer, que os limites estão definidos pela Organização Internacional para a Normalização – ISO, em sua norma ISO 2631-1, norma esta expressamente mencionadas no Anexo 8 da NR-15 aprovada pela Portaria 3.214 do MTE, órgão que detém



02343-2012-040-03-00-3-RO

competência atribuída legalmente para este fim.

Ora, o perito utilizou exatamente essas normas como parâmetros para medir e concluir que as atividades do reclamante enquadravam-se como insalubre grau médio, pelo contato permanente com agente físico vibração por excederem os limites de tolerância nelas previstos.

Se verdade que o julgador não está adstrito à prova pericial, conforme disposto no art. 436 do CPC, não menos correto é afirmar que a parte que busca provimento jurisdicional em sentido diverso da conclusão da prova técnica deve trazer aos autos elementos sólidos e consistentes que possam infirmar a apuração do *expert*. Isso porque aquela mesma norma legal dispõe que o juiz pode "*formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos*". Contudo, se a parte desfavorecida com as conclusões periciais limita-se a atacá-las sem produzir prova suficiente em contrário, deve sujeitar-se à conclusão da prova técnica.

Nessa esteira, acolhe-se a conclusão do laudo e mantém-se a decisão de origem por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Os honorários periciais são de responsabilidade da reclamada sucumbente no objeto da perícia, e no presente caso concreto, o valor de R\$1.500,00 arbitrado para remunerá-la não é exorbitante, face ao trabalho despendido pelo perito, bem como a moderação e razoabilidade para sua fixação, não havendo motivo para sua redução.

Nego provimento.

BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Protesta a ré contra a determinação de que o adicional de insalubridade seja calculado com base no salário profissional previsto na norma coletiva.

Requer que este incida sobre o salário mínimo.

Examina-se.

Desde a promulgação da Constituição da República essa matéria tem gerado amplo debate. O STF vinha, há algum tempo, manifestando-se no sentido de coibir a adoção do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade. Em 09.05.2008 foi editada a Súmula Vinculante 04, com o seguinte teor:

Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de emprego, nem ser substituído por decisão judicial.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

02343-2012-040-03-00-3-RO

Após a edição dessa Súmula Vinculante, o Tribunal Pleno do TST editou a Resolução 148, de 10/07/2008, por intermédio da qual alterou o conteúdo da Súmula 228, imprimindo-lhe a seguinte redação:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.
A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

A mesma Resolução 148/2008 ainda cancelou a Súmula 17 e a Orientação Jurisprudencial 02 da SBDI-1, além de conferir nova redação à Orientação Jurisprudencial 47 da SBDI-1.

Acontece que a CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA ajuizou, em 11.07.2008, reclamação perante o STF, sustentando que a nova redação da Súmula 228 do TST, ao fixar o salário contratual como base de cálculo do adicional de insalubridade, conflitava com a Súmula Vinculante 4 daquela Corte. O pedido liminar formulado pela reclamante foi acolhido pelo Presidente do STF, em 15.07.2008, tendo sido determinada, por despacho, a suspensão da Súmula 228 do TST "na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade" (Rcl-6266).

Dessa forma, até a edição de lei que venha a regulamentar o pagamento do adicional de insalubridade, a sua base de cálculo continuará sendo o salário mínimo. Como já ressaltado acima, a Súmula Vinculante 4 do STF declara a inconstitucionalidade dessa forma de cálculo, mas ressalta a impossibilidade de adoção, pelo Poder Judiciário, de uma forma de cálculo diversa, até que outra norma legal venha a regulamentar o tema.

Nesse sentido é a seguinte decisão da SBDI-1 do TST:

RECURSO DE EMBARGOS NA VIGÊNCIA ATUAL DO ARTIGO 894, II, DA CLT. DESPROVIMENTO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SUSPENSÃO DA SÚMULA 228 DESTE COLENDO TST POR DECISÃO DO EXCELSO STF. RECONHECIMENTO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE 4 DO EXCELSO STF. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. MANUTENÇÃO DESSE PARÂMETRO ATÉ EDIÇÃO DE LEI POSTERIOR SOBRE O TEMA. A Súmula Vinculante 4 do excelso Supremo Tribunal Federal, conforme bem definido em decisão mais recente daquela Corte Maior, não permite a imposição de outra base de cálculo para o adicional de insalubridade, ainda que considerada inconstitucional a vinculação do pagamento da respectiva verba ao salário



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

02343-2012-040-03-00-3-RO

mínimo. A excelsa Suprema Corte entendeu que o artigo 7.º, inciso IV, da Constituição da República, revogou a norma relativa à adoção do salário mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade, mas não permite a atuação do judiciário em substituição para determinar novo parâmetro, sem expressa previsão em lei. Assim, enquanto não houver norma positivada a respeito da base de cálculo do adicional, o salário mínimo é o parâmetro a ser adotado, não sendo possível que o cálculo se faça sobre salário normativo ou salário profissional, por absoluta ausência de respaldo legal. Tal entendimento possibilita a observância ao princípio da segurança jurídica que norteia o Estado de Direito e o devido processo legal. Embargos conhecidos e desprovidos. (E-ED-RR-14878/2002-900-02-00.5 Julgamento: 30/04/2009, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Divulgação: DEJT 08/05/2009).

Dava provimento para fixar o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Entretanto, a maioria da Turma, negou provimento, acompanhando a divergência da Juíza Revisora Martha Halfeld expressa nos seguintes termos:

Conforme dispunha a Súmula 17/TST, com redação restaurada em 28/10/03:

"o adicional de insalubridade devido a empregado que por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional, será sobre este calculado".

A citada Súmula 17 foi cancelada, dando o C. TST nova redação à Súmula 228, pela qual:

"A partir de 09 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 04 do STF, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento normativo".

Contudo, em 15/07/2008, o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes, concedeu liminar pedida pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) e suspendeu a aplicação de parte da Súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), sobre pagamento de adicional de insalubridade.

Dispõe a Súmula Vinculante nº 4 do STF que:

"Salvo os casos previstos na Constituição Federal, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial."

Cumprir registrar que, na verdade, a súmula vinculante retro citada não introduziu nada de novo no ordenamento jurídico pátrio, e nem poderia fazê-lo, assim como não declarou a inconstitucionalidade de norma alguma, mas tão somente veio a dar efetividade ao disposto no inciso IV



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

02343-2012-040-03-00-3-RO

do art. 7.º da Constituição da República, o qual expressamente já vedava, em sua parte final, a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, desde a promulgação da atual Lei Maior.

A meu ver, o art. 192 da CLT, na parte em que definia o salário mínimo como indexador do adicional de insalubridade não foi sequer recepcionado pelo novo ordenamento jurídico constitucional implementado a partir de 05 de outubro de 1988. E, de fato, tal interpretação se tornou obrigatória em face dos efeitos vinculantes e *erga omnes* advindos da Súmula Vinculante nº 04 do STF.

Assim, diante do conflito que se instaurou acerca da questão, entendo que o adicional de insalubridade deveria ser calculado com base na remuneração percebida pelo empregado.

Tal entendimento decorre da própria literalidade do inciso XXIII do art. 7.º da CR/88:

Art. 7.º – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

É certo que a norma constitucional em comento é de eficácia limitada, o que significa que o direito do trabalhador urbano e rural, no que tange aos adicionais enumerados, depende da existência de lei que regulamente a forma em que lhe serão conferidos tais direitos.

No caso do adicional de insalubridade, contudo, existe lei que vem completar a eficácia da norma constitucional analisada, vez que o art. 192 da CLT somente não foi recepcionado pela atual Constituição da República no que pertine à base de cálculo, qual seja, o "salário mínimo regional", sendo perfeitamente válidas as demais disposições do artigo, como é o caso dos percentuais estabelecidos.

E, uma vez que a própria Constituição já estabelece que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, dentre outros, o adicional de remuneração para as atividades insalubres, a meu ver, encontra-se dirimida a questão.

Esta Revisora evolui, portanto, em seu posicionamento anterior, que entendia correta a aplicação da base de cálculo como sendo o salário mínimo, até que lei venha regulamentar a matéria.

Esse raciocínio mais se robustece diante do contido no inciso XXII do art. 7.º do texto constitucional ("redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança"). Nesse sentido, "saúde não se vende" e a monetização dos riscos é medida insuficiente para a prevenção de doenças e acidentes no trabalho. Mais efetivas são medidas preventivas, destinadas a assegurar o ideário da preservação da dignidade da pessoa humana e do avanço que deve



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

02343-2012-040-03-00-3-RO

permeiar as relações de trabalho.

Com efeito, o princípio da vedação do retrocesso objetiva a

"progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente." (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, in A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, 3.ª edição, Renovar, 2008, p. 370).

Assim, o desenvolvimento sócio-econômico durável exige que o recurso ao trabalho em condições de insalubridade ou de periculosidade ou em condições penosas, assim como ao trabalho extraordinário, suplementar e noturno de qualquer trabalhador, deva ocorrer de forma excepcional e somente justificada por imperativos econômicos e sociais, conjuntamente.

De qualquer forma, é importante enfatizar que a prevenção deve preferir à reparação dos prejuízos causados à saúde. Esse objetivo está em consonância com os postulados do Direito Internacional do Trabalho na matéria. De fato a Convenção 155 da OIT sobre saúde e segurança dos trabalhadores, ratificada pelo Brasil, estabelece a obrigação dos países membros de implementar "política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho." Tem ela

"como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio-ambiente de trabalho."

A opção desta Revisora pela remuneração como base de cálculo do adicional de insalubridade leva, conseqüentemente, em conta essa política preventiva, de modo a estimular os empregadores na busca constante de melhoria do meio-ambiente de trabalho ofertado aos trabalhadores que lhes prestam serviços.

Esta parece ser a solução que melhor atende aos valores positivados nas normas-princípio da Constituição e à necessidade de concretizar, com a maior efetividade possível, os direitos fundamentais ligados à remuneração de atividades penosas, insalubres ou perigosas (art. 7.º, XXII), à vedação do retrocesso social (art. 7.º, *caput*), à proteção à saúde do trabalhador (art. 7.º, XXII) e à dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III).

Com efeito, o art. 5.º, § 1.º, da Constituição Brasileira de



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

02343-2012-040-03-00-3-RO

1988, dispõe que os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, vinculando os poderes públicos independentemente do reconhecimento expresso por lei infraconstitucional. Nesse ponto, os métodos da hermenêutica constitucional contemporânea e a visão pós-positivista e neoconstitucionalista levam a produzir interpretações inovadoras e com um grau de efetividade, do ponto de vista da concretização dos direitos fundamentais sociais-trabalhistas.

Cuida-se, no dizer de renomados doutrinadores, de eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais, a qual autoriza concluir pela aplicação direta e imediata dos dispositivos constitucionais que os instituem, sempre com o objetivo de assegurar a máxima efetividade possível para os direitos fundamentais. Para Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos,

"O discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética – ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação – deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade". (Idem, ibidem, p. 337).

Essa autorização interpretativa dos magistrados, oriunda do pós-positivismo, constitui, na realidade, reconhecimento do caráter evolutivo e dinâmico do Direito, que não está perfeito e acabado, mas deve sempre interagir com a realidade e com os fatos sociais.

Em virtude do exposto, a aplicação da remuneração como base de cálculo do adicional de insalubridade parece ser a solução que melhor atende aos valores positivados nas normas-princípio da Constituição e à necessidade de concretizar, com a maior efetividade possível, os direitos fundamentais do trabalhador.

No entendimento desta Revisora, a utilização da remuneração como base de cálculo do adicional não viola o disposto no inciso IV do art. 7.º da CR/88 ou na Súmula Vinculante nº 04 do Supremo Tribunal Federal.

Negou-se provimento, vencido o Relator.

CONTROLE DE JORNADA – HORAS EXTRAS

A exceção cogitada no art. 62, I, da CLT, exige não só que as tarefas sejam realizadas externamente, como também que fique demonstrado que o empregador está impossibilitado de controlar o horário desse empregado devido à natureza de suas atividades.



02343-2012-040-03-00-3-RO

Demonstrado nos autos pelos documentos juntados pela própria ré, e depoimentos, que o trabalho do reclamante, na condição de motorista, estava controlado ou era passível de ser controlado, pela reclamada, por consequência lógica, as horas trabalhadas para além da jornada legal devem ser remuneradas como extraordinárias.

Os preceitos lançados nos instrumentos normativos não podem reduzir o efetivo tempo de trabalho real, criando ficção que se situa como autêntica renúncia de direitos, prevalece quanto a eles os brilhantes fundamentos do *decisum*.

Aliás, é em respeito à melhor interpretação do dispositivo celetista que foi editada a Lei 12.619/12, que embora não seja aplicável a todo o período, revela qual é o correto tratamento que deveria ser dado ao trabalho dos motoristas no pertinente a jornada, ou seja, há muito a jurisprudência já havia consagrado o entendimento que se tornou lei.

Acerca da jornada arbitrada pelo juízo, ela está lastreada na prova produzida, testemunhal e documental, e na legislação vigente, não merecendo reparos, inclusive quanto aos intervalos de 30 minutos a cada 4h de direção.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso e mantenho a cuidadosa decisão que bem aquilata todos os elementos dos autos, considerando inaplicável à espécie o art. 62, I, da CLT.

INTERVALOS INTRAJORNADA E INTERJORNADAS

Na questão dos intervalos intrajornada assiste razão à ré, não existe prova de que fosse impossível o gozo do intervalo, em razão do volume de trabalho e exigência de término da jornada com determinado limite, o que lança a questão para o controle exclusivo do empregado que trabalha externamente fora das vistas do empregador.

A testemunha Joaquim Félix Filho foi expressa quanto ao fato de que a cada 4h de direção havia o intervalo de 30 minutos e de 1h diária para almoço (f. 330/332).

Porém, o mesmo não se dá em relação ao intervalo interjornadas, uma vez que a jornada reconhecida na sentença implica na falta de concessão regular do repouso legal previsto no art. 66 da CLT.

Dou provimento, em parte, para expungir da condenação os intervalos intrajornada, inclusive o seu tempo para apuração da jornada.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

02343-2012-040-03-00-3-RO

AJUDAS DE CUSTO – DIÁRIAS DE VIAGEM – AJUDA ALIMENTAÇÃO

O juízo em percuciente análise da prova documental constatou o incorreto pagamento da ajuda de custo, deferindo as diferenças devidas.

Apesar de todo arrazoado da ré, ela não aponta nenhum desacerto na demonstração exemplificativa feita nos fundamentos da sentença.

Quanto à relação entre tais e a jornada, uma vez mantida a jornada arbitrada pelo juízo, corolário natural a manutenção, também, das ajudas de custo correspondentes.

Neste contexto, impõe-se a manutenção da decisão que não foi infirmada.

Nego provimento.

REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS E FERIADOS

O direito aos feriados para o trabalhador que tem jornada de 12 x 36 encontra-se pacificado, conforme Súmula 444 do TST, *in verbis*:

JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 – republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504280/2012.2 – DEJT divulgado em 26.11.2012

É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.

A tese defensiva de aplicação do art. 62, I, da CLT, como reiteradamente visto, encontra-se superada pelo que decidido acima sobre a jornada de trabalho.

Nego provimento.

PROGRAMA DE PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS

Assevera a ré que as parcelas de PLR foram corretamente pagas de forma proporcional.

A sentença não ignora o pagamento, mas demonstra



02343-2012-040-03-00-3-RO

matematicamente a incorreta quitação da verba.

Contra tal demonstração, nada foi dito nas razões recursais a desautorizá-la, o que recomenda sua confirmação.

Nego provimento.

MULTA CONVENCIONAL

Nega a ré o descumprimento de qualquer cláusula convencional.

Porém, mantida a decisão em relação às horas extras, diárias para viagem, fornecimento de lanches e PLR, corolário disto a manutenção, também, das multas convencionais correspondentes.

Nego provimento.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Entende a ré que não houve má-fé em sua defesa, mas mero erro material.

Todavia, não é o que se verifica, pois em sua defesa cita e reproduz expressamente a cláusula 12.^a da CCT 2011/2012 (f. 73vº/74), porém o texto não corresponde ao conteúdo da norma coletiva invocada, lá a cláusula é a 11.^a e o texto é diferente (f. 154), o que evidencia a intenção de levar o juízo a erro.

Nego provimento.

MULTA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTRELATÓRIOS

Recorre a reclamada contra a condenação ao pagamento de multa aplicada nos embargos de declaração.

Afirma que a sentença apresentou-se obscura, contraditória e omissa sendo necessária a oposição dos embargos declaratórios.

Sustenta que a sentença não observou a regra consubstanciada no na Súmula 297 do TST, porquanto sem o prequestionamento restaria preclusa a oportunidade de discutir a matéria.

Ao exame.

As alegações expendidas pela reclamada à guisa de embargos declaratórios denotam que sua intenção era buscar a reforma do julgado pela via imprópria.

Não é ocioso lembrar que os embargos de declaração são cabíveis apenas nas situações expressamente consignadas nos arts. 535 do CPC e 897-A da CLT, *in verbis*:



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

02343-2012-040-03-00-3-RO

Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Art. 897-A. Caberão embargos de declaração da sentença ou acórdão, no prazo de cinco dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão subsequente a sua apresentação, registrado na certidão, admitido efeito modificativo da decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso.

A sentença se manifestou suficientemente sobre todas as questões, tendo consignado expressamente as razões pelas quais chegou às conclusões adotadas, cumprindo-se o disposto no art. 93, IX, da Constituição.

Destarte, cabia à parte sucumbente interpor o pertinente recurso se pretendia a reforma do *decisum*, pois os embargos de declaração são inadequados a esse fim, lembrando que o prequestionamento não é pré-requisito para o recurso ordinário.

Diante disso, fica mantida a multa imposta na decisão de f. 382, corretamente fixada sobre o valor da causa (art. 538, parágrafo único, do CPC).

Nega-se provimento.

RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE

ACÚMULO DE FUNÇÃO

Diz o reclamante que era obrigado a realizar as tarefas de coleta de amostras de leite, bem como teste de qualidade, sem nunca ter recebido qualquer pagamento correspondente.

Alega que tais tarefas não são inerentes à função de motorista, pois estas se limitam ao ato de dirigir o veículo, verificar as condições do mesmo e responder por sua manutenção.

Examina-se.

Há acúmulo de funções quando se verifica certo desequilíbrio entre as funções inicialmente contratadas entre as partes, exigindo-se do empregado atividades ou tarefas distintas concomitantemente com as funções originalmente contratadas.



02343-2012-040-03-00-3-RO

No caso específico dos autos o recorrente não logrou comprovar as assertivas lançadas na petição inicial.

Isto porque, incontroverso que ele exercia a função de motorista, nada relatando sobre quaisquer outras atividades mais complexas ou incompatíveis com essa condição, que não pudessem fazer parte das atribuições inerentes ao cargo que ocupava.

Diante da ausência de provas no presente feito, não se pode ter como comprovado o exercício, pelo autor, de atividades diversas daquelas para as quais fora contratado, de forma a caracterizar a cumulação de funções apontada na petição inicial.

Entendo que a obrigação de analisar a qualidade e acidez do leite a ser transportado é totalmente compatível com o cargo de motorista coletor de leite, não extrapolando o que fora pactuado, aliás, como muito bem fundamentado na sentença.

Relevante, ainda, o fato de que o reclamante não se desincumbiu de seu encargo probatório no que diz respeito ao exercício de outra atividade que lhe conferisse salário superior àquele que percebia para as funções exercidas.

Portanto, não há desvio/cumulação de funções, pois as atividades realizadas são exatamente aquelas afetas a sua própria condição pessoal, nos exatos termos do art. 456, parágrafo único, da CLT:

À falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.

Nego provimento.

INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA PELA NÃO CONTRATAÇÃO DE SEGURO DE VIDA E PLANO DE SAÚDE

O autor deduz sua pretensão ignorando o julgado e não apontando nele qualquer desacerto a sustentar sua pretensão reformista.

O juízo disse na sentença que a ré comprovou a contratação do plano de saúde e que não seria caso de indenização, pois o dinheiro referente às mensalidades seria destinado à operadora do plano de saúde, e contra tal nada disse o obreiro.

A solução para a matéria “seguro de vida” foi idêntica, e igualmente não atacada pelo reclamante.

Neste diapasão, por não impugnadas as razões de decidir e os documentos que comprovam o cumprimento da obrigação, impõe-se



02343-2012-040-03-00-3-RO

manter o *decisum*.

Nego provimento.

INDENIZAÇÃO PELO NÃO FORNECIMENTO DE LANCHE

Observe-se que o juízo no cuidadoso exame dos fatos constatou a existência da previsão normativa e do excesso de jornada.

Uma vez que a empresa está obrigada ao cumprimento da obrigação de fazer, e não comprovou que fornecia o lanche, nas ocasiões em que a jornada ultrapassou o tempo estabelecido, é consectário o direito à indenização substitutiva, não se constituindo óbice para tal a falta de sua previsão ou de determinação do seu valor.

E quanto ao valor a ser fixado, na esteira de outros julgados, entendo que a importância de R\$ 3,00 se mostra condizente e razoável com um lanche modesto (média do valor de café com leite e pão com manteiga na cidade de Belo Horizonte, o que igualmente se aplicaria a região metropolitana, no caso Sete Lagoas).

Provejo em parte, para condenar a reclamada ao pagamento de indenização substitutiva do lanche no importe de R\$3,00 (três reais), por dia de efetivo trabalho em horas extras, na forma prevista nas normas coletivas, tomando-se por base a jornada fixada na sentença, durante todo o pacto laboral.

Provejo.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O reclamante entende fazer jus ao ressarcimento correspondente às despesas com honorários advocatícios contratuais. Como fundamento legal indica os arts. 389 e 404 do Código Civil.

Quanto ao tema em epígrafe, mantenho o posicionamento no sentido de que é indevida a indenização. No entendimento deste relator, o deferimento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho se sujeita à constatação concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato (Súmulas 219 e 329 do TST, além da OJ 305 da SBDI-1).

Contudo, prevalece entendimento majoritário nesta Turma, no sentido de que:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS OBRIGACIONAIS.
REPARAÇÃO DE DANOS. O princípio da reparação
integral de danos, resguardado nas disposições dos



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

02343-2012-040-03-00-3-RO

artigos 389, 395 e 404, do Código Civil, harmoniza-se com o princípio da proteção ao trabalhador, razão pela qual a conjugação de ambos autoriza o deferimento da reparação correspondente aos honorários advocatícios obrigacionais, mormente se inexistente dispositivo legal que afaste a aplicação do princípio da reparação de danos nesta hipótese. Entendimento em contrário importaria ao trabalhador a redução do seu patrimônio para garantir o exercício do direito constitucional de ação. (00441-2013-111-03-00-0 RO, TRT 3.ª Região, 7.ª Turma, Rel. Des. Fernando Luiz G. Rios Neto, Publicação 29/04/2014)

Deu-se provimento, para fixar os honorários advocatícios obrigacionais em 20% sobre o valor líquido a ser apurado em liquidação de sentença, observada a OJ 348 da SBDI-1 do TST. **Vencido o Relator.**

INEXISTÊNCIA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Nega o reclamante que tenha alterado a verdade dos fatos.

Aponta em seu favor o fato de terem sido parcialmente deferidas as suas pretensões.

Sem razão.

Em sua inicial o autor disse com todas as letras que não recebera as verbas resilitórias.

Conquanto o zeloso juízo de primeiro grau, examinando acuradamente todos os elementos da causa, tenha deferido ao autor parcialmente suas pretensões, tal não altera o fato de que a alegação exordial de que não recebera as verbas rescisórias, foi feita em frontal desacordo com a verdade dos fatos, constatados nos próprios documentos que ele juntou, o que implica em deslealdade processual, que não pode ser ignorada, pena de sancionar-se a irresponsabilidade das partes pelas suas declarações em juízo, mormente a dedução de pretensão contra fato incontroverso.

Nego provimento.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, por sua Sétima Turma, em sessão ordinária realizada no dia 04 de novembro de 2014, unanimemente, conheceu de ambos os recursos. No mérito, por maioria, deu provimento, em parte, a ambos os recursos. Ao da reclamada para expungir da condenação o intervalo intrajornada,



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região

02343-2012-040-03-00-3-RO

inclusive o seu tempo para apuração da jornada. Ao do reclamante para deferir indenização substitutiva do lanche no importe de R\$3,00 (três reais), por dia de efetivo trabalho em horas extras. Proveu ainda o apelo para conceder os honorários advocatícios obrigacionais de 20% sobre o valor líquido a ser apurado em liquidação de sentença, observada a OJ 348 da SBDI-1 do TST. Vencido parcialmente o Exmo. Des. Relator em ambos os recursos - base de cálculo do adicional de insalubridade e honorários advocatícios.

PAULO ROBERTO DE CASTRO
Desembargador Relator