

PJe: 0010522-21.2014.5.03.0153 (RO)
Disponibilização: 18/11/2016.
Órgão Julgador: Decima Turma
Relator: Convocada Gisele de Cassia VD Macedo



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

PROCESSO nº 0010522-21.2014.5.03.0153 (RO)

RECORRENTES: **VALTEMIR DONIZETI** DE SOUZA, EMPRESA DE TRANSPORTES APOTEOSE LTDA. E EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS

RECORRIDO: EMPRESA DE TRANSPORTES APOTEOSE LTDA, EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOSE **VALTEMIR DONIZETI** DE SOUZA

RELATOR(A): GISELE DE CÁSSIA VIEIRA DIAS MACEDO

EMENTA

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. APLICAÇÃO DO INCISO V DA SÚMULA 331 DO TST. Conforme dispõe o inciso V da Súmula 331 do TST, os entes integrantes da administração pública são subsidiariamente responsáveis pelos débitos trabalhistas da prestadora de serviços, na forma do inciso IV, caso evidenciada a conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente quanto ao dever de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da contratada.

RELATÓRIO

O MM. Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Varginha, por sua sentença (id. 7df0ca4), cujo relatório adoto e a este incorporo, julgou procedentes, em parte, os pedidos.

Inconformado, o reclamante interpôs o recurso ordinário de id. da794de, pedindo reapreciação quanto ao tema intervalo intrajornada.

Recorre a segunda reclamada (id. f81d25d), ECT, abordando os temas ilegitimidade passiva, responsabilidade subsidiária, inexistência de culpa, verbas deferidas, horas extras, intervalo intrajornada, juros, correção monetária e desconsideração da personalidade jurídica.

Isenção de preparo.

A primeira reclamada, Empresa de Transportes Apoteose Ltda., em recurso adesivo de id. d787523, se insurge contra a condenação ao pagamento de horas extras intervalares e adicional noturno.

Custas e depósito recursal devidamente comprovados (id. d996c82 e seguintes).

As partes apresentaram suas contrarrazões (id. 9acc196, id. a6fc443 e id. 39b5086).

Não se vislumbra, no presente feito, interesse público a proteger.

É o relatório.

ADMISSIBILIDADE

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos ordinários e das contrarrazões, tempestivamente apresentadas.

Invertida a ordem de apreciação dos recursos, pela existência de questões prejudiciais nos recursos das reclamadas.

A análise será conjunta, nos recursos das rés, nas matérias comuns.

MÉRITO

FUNDAMENTOS

RECURSO DA SEGUNDA RECLAMADA (ECT)

ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM

Renova a segunda reclamada, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a preliminar de carência de ação, sustentado ser parte ilegítima *ad causam*, visto que não figurou na relação jurídica de emprego em que se funda a pretensão do autor, alegando que a relação jurídica existente somente foi estabelecida entre a recorrente e a

primeira reclamada, que foi contratada nos termos da Lei nº 8.666/1993, mediante regular processo de licitação.

Sem razão.

Frisa-se que o exame das condições da ação, dentre as quais a legitimidade das partes, deve ser feito em abstrato.

Na inicial, a pretensão manifestada foi no sentido que a ECT, na qualidade de tomadora dos serviços prestados, se responsabilizasse, de forma subsidiária, pelo adimplemento da condenação imposta à primeira ré, real empregadora.

Desse modo, indicada a recorrente como responsável subsidiária pelos créditos trabalhistas pleiteados na inicial, indubitável é sua legitimidade para ocupar o polo passivo da lide, implicando questões outras em exame de mérito.

Rejeito.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CULPA. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71 DA LEI 8.666/93 E SÚMULA VINCULANTE 10 DO STF

A segunda reclamada (ECT) não se conforma com a r. decisão monocrática que declarou sua responsabilidade subsidiária pelas verbas trabalhistas deferidas ao reclamante. Diz que, de acordo com a decisão tomada pelo STF na ADC 16, não cabe a aplicação da Súmula 331 do c. TST, tendo em vista que referida Súmula colide com o disposto no art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, dispositivo que foi declarado constitucional. Assevera que não há falar em culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, para fins de reconhecer a responsabilidade subsidiária da recorrente, pois a prestação de serviços contratada deu-se mediante processo licitatório, devendo ser afastada a ideia de responsabilidade objetiva da recorrente. Afirma que não estão presentes todos os requisitos ensejadores da responsabilidade subsidiária, pois foram observados os ditames legais para a contratação da primeira ré, real empregadora, sendo que houve a fiscalização da execução do contrato, dentro do que a lei lhe permitia. Alega ainda, que de acordo com a mais recente jurisprudência do TST, para se condenar subsidiariamente o ente público, há necessidade de comprovação da inobservância do dever de fiscalizar. Requer seja afastada a responsabilidade subsidiária imposta em sentença.

Examino.

Restou incontroverso nos autos que o reclamante foi contratado pela primeira reclamada, Empresa de Transportes Apoteose, para trabalhar na função de motorista, sempre prestando os seus serviços em benefício direto para a segunda reclamada, ECT.

Não há dúvidas de que o trabalho realizado pelo reclamante atendia aos interesses da segunda reclamada, tomadora dos serviços.

Dessa forma, competia à recorrente não só fiscalizar, zelosamente, o cumprimento dos encargos trabalhistas assumidos pela primeira reclamada, mas também escolher com mais cuidado a empresa com a qual celebra contrato de intermediação. Ainda que se admita que houve diligência na escolha e que foram observados os procedimentos exigidos pela Lei de Licitações, é certo que assim não procedeu a recorrente quanto à fiscalização do cumprimento dos encargos assumidos pela empresa contratada. Logo, deve responder pelos prejuízos causados ao trabalhador, uma vez que restou configurada a culpa *in vigilando*.

O art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 não ampara aquele que, incorrendo em culpa na fiscalização da empresa contratada, concorre para que o empregado venha a suportar os prejuízos decorrentes do inadimplemento das obrigações trabalhistas a cargo desta.

Ao excluir a responsabilidade da Administração Pública e suas entidades pelas obrigações assumidas pelas empresas contratadas, tal dispositivo, se oponível aos trabalhadores prejudicados, confrontar-se-ia com o princípio constitucional de valorização do trabalho humano, eleito como um dos fundamentos do Estado Democrático. Admitir-se a interpretação defendida pela recorrente para esta norma importaria acolher privilégio anti-social, beneficiando-se as entidades estatais com a prerrogativa de isenção da responsabilidade sobre seus atos, em detrimento do trabalho alheio.

Neste sentido, também, os ensinamentos do Exmo. Ministro do TST, Maurício Godinho Delgado, em sua obra "Curso de Direito do Trabalho" (2ª Ed, Editora Ltr., p.455), que ora transcrevo:

A entidade estatal que pratique terceirização com empresa inidônea (isto é, empresa que se torne inadimplente com relação aos direitos trabalhistas) comete culpa in eligendo (má escolha do contratante), mesmo que tenha formado a seleção por meio de processo licitatório. Ainda que não se admita essa primeira dimensão da culpa, incide, no caso, outra dimensão, no mínimo a culpa in vigilando (má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos). Passa desse modo, o ente do Estado a responder pelas verbas trabalhistas devidas pelo empregador terceirizante no período de efetiva terceirização (inciso IV do Enunciado 331, TST).

Mas não se está negando vigência ao art. 71 da Lei 8.666/93 e nem declarando a sua inconstitucionalidade. Na verdade, o dispositivo em comento apenas não possui a abrangência pretendida pela recorrente.

Não custa lembrar que a responsabilidade subsidiária aqui atribuída encontra respaldo, ainda, no art. 54 da Lei 8.666/93, que preceitua que os contratos administrativos regulam-se pelos preceitos de direito público, dentre os quais se destacam os princípios da equidade e da ordem social, que impõem a obrigação de reparar o prejuízo causado a outrem àquele que age com negligência ou se omite voluntariamente em cumprir obrigação legal ou contratual.

Aliás, o art. 67 da Lei de Licitações e Contratos determina que a execução do contrato deve ser fiscalizada por um representante da Administração, especialmente designado para tal mister.

Nesse caso, cabe ao tomador de serviços, integrante da Administração Pública, através de seu representante, exigir a comprovação do recolhimento dos encargos sociais e previdenciários, bem como verificar a regularidade da situação dos empregados e do contrato.

A averiguação do regular cumprimento do contrato não é prerrogativa, mas obrigação e só por meio de tal fiscalização o ente público se resguarda de eventual responsabilização.

A segunda reclamada (ECT) contratou a empresa prestadora de serviços e descuroou-se do dever de fiscalizar a execução deste contrato, o que lhe é imposto pelo mencionado art. 67 da Lei 8.666/93 e decorrente do próprio pacto, negligenciando o dever de vigilância e prudência no cometimento de serviços à empresa interposta.

Tanto assim, que a primeira reclamada foi condenada ao pagamento de inúmeras horas extras, ante o reconhecimento da submissão do autor ao cumprimento de elastecidas jornadas de trabalho .

In casu, os documentos juntados pela recorrente não são aptos a demonstrar o exercício diligente da fiscalização que deveria manter durante todo o lapso contratual. Ademais, o art. 80 da Lei de Licitações impõe ao ente público o dever de reter os créditos devidos à contratada, até o limite dos prejuízos causados. Desta forma, se a contratante cumpre todas as disposições legais, as verbas salariais dos empregados da

contratada são pagas com os créditos da própria empresa inadimplente, não se transferindo a responsabilidade à Administração Pública, que se limita a repassar aos trabalhadores as verbas devidas pela empresa contratada.

Entretanto, descurando-se de sua obrigação legal, responde a recorrente, de forma subsidiária.

Ademais, nos termos do disposto nos artigos 186 e 927 do CCB, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Certo, ainda, que o entendimento supra mencionado está amparado na interpretação sistemática das normas relativas à licitação pública, não se sobrepondo à lei, mas interpretando-a.

Saliente-se que o referido posicionamento está de acordo com a Súmula 331, V, do TST, com redação dada pela Resolução 174/2011:

Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666 de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Portanto, mesmo após o julgamento da ADC 16 pelo STF, há possibilidade de responsabilização subsidiária do ente público.

Conforme decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, não se pode generalizar a aplicação da Súmula 331 do TST, devendo-se investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante, vez que constitucional o art. 71 da Lei 8.666, de 1993. É esse o caso dos autos, em que a ECT se descurou de sua obrigação, considerando que na inicial são postuladas parcelas não quitadas no curso do contrato, bem como que não ficaram comprovadas nos autos as alegações recursais no sentido de que a segunda ré fiscalizou a execução do contrato firmado com a primeira reclamada.

Frise-se que não foi desconsiderada a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, no todo ou em parte, decorrendo a responsabilização subsidiária da

recorrente, exclusivamente, de sua culpa *in vigilando*, e da aplicação, ao caso, do disposto nos artigos 186 e 927 do Código Civil/02, bem como da Súmula 331, V, do Colendo TST.

E esta responsabilidade abrange todas as verbas trabalhistas, inclusive as verbas rescisórias e indenizatórias (Súmula 331, VI, do TST). Ser devedor subsidiário significa arcar com a dívida no lugar do devedor principal, assim como o avalista.

A responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços compreende o total devido ao reclamante, a ser pago somente na hipótese de a empregadora (prestadora de serviços) não satisfazer o crédito trabalhista.

Registre-se que, na hipótese em apreço, o vínculo empregatício não foi reconhecido com a recorrente, motivo pelo qual não se exige em relação a ela, os requisitos de reconhecimento do vínculo juslaboral.

Desse modo, considerando que a empresa tomadora dos serviços se beneficiou da força de trabalho despendida pelo reclamante, cabe àquela responder subsidiariamente pelos débitos trabalhistas não adimplidos pela contratada.

Saliente-se que, nos presentes autos, restou comprovada a inobservância pela segunda reclamada do dever de fiscalizar. Assim, a decisão encontra-se em consonância com a atual jurisprudência do TST, não violando o disposto na Súmula Vinculante 10 do TST.

Irretocável a decisão que reconheceu a responsabilidade subsidiária da segunda reclamada.

Nego provimento.

HORAS EXTRAS

A segunda reclamada não se conforma com a condenação ao pagamento de horas extras excedentes da 44ª hora semanal, com suporte na jornada fixada pela sentença.

Insiste na alegação de que não figurou na relação jurídica de direito material, não possuindo qualquer ingerência na jornada do recorrido, sendo que somente fiscalizava o cumprimento das entregas, e não a jornada de trabalho do motorista. Afirma,

ainda, que o autor prestava serviço externo, atividade na qual fica o empregador impossibilitado de controlar a jornada, conforme excludente prevista no art. 62 da CLT.

Analiso.

De início, há que se afastar a alegação da segunda reclamada (ECT) da incidência da exceção ao controle de jornada, contida no art. 62, I, da CLT, pelo exercício de atividades externas, haja vista que a própria empregadora do reclamante, primeira reclamada, apresentou os seus controles de jornada, demonstrando a existência deles (id. a108577 e seguintes).

Em seguida, ainda que tenha a primeira ré trazido aos autos os referidos cartões de ponto, o confronto das jornadas neles consignadas com a prova testemunhal produzida, revela que os horários registrados naqueles cartões de ponto não correspondem com a real jornada cumprida pelo reclamante, como bem observou o Juízo de origem.

Em audiência de instrução, foram colhidos os depoimentos do autor e de duas testemunhas (id. a5aae97).

Em seu depoimento, o autor declarou: "*Que o depoente trabalha na rota de Varginha a Belo Horizonte; que durante a semana, saía de Varginha a 01h00, se dirigindo ao trevo de Três Corações, de onde partia para Belo Horizonte por volta das 02h00/02h30min.; onde chegava por volta das 05h30min./06h00, se dirigindo diretamente ao local de entregas (Correios), devendo iniciar o descarregamento as 07h30min.; que depois de encerrar o descarregamento às 08h15min./08h30min., o depoente se dirigia para a garagem da empresa, dando seguimento a parte burocrática da viagem, bem como checagem do veículo, com encerramento por volta de 09h30min.; após, retornava ao Correio para recarregar o caminhão, deixando Belo Horizonte por volta das 10h30min., chegando de volta a Varginha por volta das 15h00/15h30min., indo direto para o posto dos Correios em Varginha, passando o caminhão para outro motorista as 16h00/16h15min.; que na madrugada seguinte o depoente não trabalhava, retomando a sua rotina a 01h00 do dia subsequente, já que trabalhava em regime de 12x36, sem folga semanal fora desse regime; [...]*".

A testemunha convidada pelo autor afirmou: "*Que o depoente trabalhou na primeira reclamada por mais de cinco anos, desligando-se da empresa em março ou abril de 2013, exercendo as funções de motorista, fazendo a rota Varginha-Belo Horizonte e vice-versa; que o depoente iniciava suas atividades em Varginha, à 01h00, passando por Três Corações, de onde saía por volta das 02h30min, chegando aos Correios perto de 07h00, onde o*

caminhão era descarregado, retornando em seguida para a garagem da reclamada, onde permanecia por um tempo suficiente para estar de volta nos Correios, para novo carregamento e saída para Varginha às 10h00, com chegada às 14h00/14h30min. no trevo de Três Corações, momento em que entregava o caminhão a outro motorista, se deslocando até Varginha em carro da empresa, chegando em casa por volta das 15h00/15h30min.; que a linha do reclamante terminava no Correio de Varginha; que o reclamante normalmente deixava o Correio de Belo Horizonte às 10h30min, não podendo precisar o horário de encerramento do reclamante no Correio de Varginha; [...]".

Por sua vez, a testemunha ouvida a rogo da primeira ré disse: "*Que o depoente trabalha na primeira reclamada desde julho de 2011, exercendo as funções de motorista; que entre os anos de 2013 e 104, durante aproximadamente dezoito meses, o depoente fez a linha Varginha-Belo Horizonte, com carregamento e entregas nos Correios; que o depoente dava início ao trabalho, iniciando o percurso de Varginha a Três Corações por volta de 01h30min., saindo do trevo de Três Corações para Belo Horizonte por volta das 02h00, devendo estar nos Correios para descarregar as mercadorias as 07h00, indo em seguida para a garagem da primeira reclamada, chegando de volta aos Correios para recarregar o caminhão por volta das 09h45min., saindo para Três Corações as 10h00, local onde chegava por volta das 14h00, passando o caminhão para outro motorista que seguia viagem; que pegava o carro da empresa, retornando para Varginha, deixando-o na garagem por volta das 14h40min., chegando em casa às 15h00; que o trabalho se dava em regime de 12x36; [...]*".

Com suporte na prova oral acima reproduzida, o Juízo de origem assim concluiu:

"[...]

Todavia, do cotejo da prova oral com os controles de ponto coligidos é imperativo concluir que a jornada neles consignada não retrata a integralidade do labor praticado no curso da contratualidade.

Com efeito, a prova documental apresenta anotações muito aquém daquelas informadas pelas testemunhas ouvidas, inclusive em relação àquela inquirida a convite da própria empresa.

Diante desse quadro, cumpre fixar a efetiva jornada desempenhada pelo reclamante, em conformidade com o contexto fático que exsurge da prova oral. Incidência dos arts. 131 e 335 do CPC.

[...]

Dessa forma, examinando-se o conjunto probatório, em consonância com as alegações feitas pelas partes, o onus probandi de cada um e o quanto preceituam os arts. 128 e 460 do CPC, considerando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em conformidade com o volume de trabalho

empreendido, arbitra-se o horário laborado pelo reclamante como sendo, em média: das 01h00 às 15h00, [...].

Consoante admitido pelo reclamante e confirmada pela prova testemunhal, essa jornada era exercida no sistema semelhante àquele de 12x36 horas, razão pela qual a jornada laborada deverá ser apurada com base no horário suprafixado e levando-se em conta a sua ativação em dias alternados.

[...]

Diante de todo o exposto, condeno a reclamada a pagar ao reclamante, durante todo o período contratual, conforme se apurar em liquidação: as horas extras excedentes da quadragésima quarta hora semanal, apuradas em conformidade com a jornada fixada supra; [...].

[...]

E porque habitual, os valores pertinentes, pela sua média, gerarão reflexos em repouso remunerado, aviso prévio, férias acrescidas de um terço, 13º salários e no FGTS com multa de 40%.

[...]"

Portanto, não merece reparos a r. sentença que condenou a primeira ré, e de forma subsidiária a segunda, ao pagamento das horas extras excedentes da 44ª hora semanal, com suporte na prova testemunhal.

Todavia, não havendo a sentença se pronunciado a respeito, dou parcial provimento ao recurso da segunda ré para determinar a observância do entendimento contido na OJ 394 da SDI-1 do TST, para fins de apuração dos reflexos das horas extras deferidas.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA PRIMEIRA RECLAMADA

Examino.

Igualmente não merece prosperar o pleito de desconsideração da personalidade jurídica da primeira reclamada e nem se diga que a ECT somente poderia ser responsabilizada pela satisfação do crédito depois de esgotadas todas as tentativas de se receber o respectivo valor dos sócios da primeira reclamada, pois estes, caso venham a ser acionados, também seriam devedores subsidiários e gozariam da mesma classificação que a recorrente. Nessa esteira, inviável a instituição do benefício de ordem, naturalmente.

De toda maneira, se a intenção da segunda reclamada é o benefício de ordem, de sorte que a execução somente se volte em face dela após a execução dos sócios da primeira reclamada, inviável, uma vez que tal entendimento é incompatível com a natureza alimentar dos créditos trabalhistas. Querendo, mediante ação regressiva, o responsável subsidiário poderá cobrar da primeira reclamada e de seus sócios o que eventualmente pagar ao reclamante.

Nesse sentido a Orientação Jurisprudencial 18 das Turmas deste Egrégio Regional, *in verbis*:

EXECUÇÃO. DEVEDOR SUBSIDIÁRIO. RESPONSABILIDADE EM TERCEIRO GRAU. INEXISTÊNCIA. É inexigível a execução prévia dos sócios do devedor principal inadimplente para o direcionamento da execução contra o responsável subsidiário.

Privilegia-se, assim, a satisfação do crédito trabalhista, ficando assegurada ao responsável subsidiário a ação regressiva em desfavor da empresa prestadora dos serviços e dos respectivos sócios.

Nada a prover.

JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

A recorrente requer a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, em face da nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.960/09.

Examino.

Assim dispõe o referido artigo, *in verbis*:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

A decisão de IUJ este Regional editou sua Tese Jurídica Prevalente nº 12, que estabelece:

CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA (ECT). JUROS DE MORA PREVISTOS NO ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. CRÉDITO JURÍDICO TRIBUTÁRIO.

Aplica-se o índice da caderneta de poupança aos juros de mora incidentes nas condenações impostas diretamente à Fazenda Pública (ECT) oriundas de crédito trabalhista, inclusive na hipótese de responsabilidade subsidiária, conforme art. 1º-F da Lei n. 9.494/97. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs n. 4.425/DF e 4.357/DF, restringe-se a créditos de natureza jurídico-tributária. (RA 178/2016, disponibilização: DEJT/TRT3/Cad. Jud. 31/08/2016, 1º e 02/09/2016)

Assim dou provimento ao recurso para determinar a aplicação do índice da caderneta de poupança, a título de juros de mora, conforme art. 1º-F da Lei n. 9.494/97.

INTERVALO INTRAJORNADA (matéria comum aos recursos)

As reclamadas não se conformam com a condenação ao pagamento de horas extras intervalares, pela concessão irregular do intervalo intrajornada.

Alegam que o recorrido exercia atividade externa incompatível com o controle de horário, laborando como motorista, possuindo plena liberdade para realizar seu intervalo para refeição dentro da jornada de trabalho, sendo impossível que a empregadora fizesse tal controle.

Afirmam que o recorrido confessa que era orientado a fazer no mínimo 01 hora de intervalo, e que durante a carga e descarga do caminhão, não estava efetivamente prestando serviços, já que os funcionários dos correios eram os responsáveis pela carga e descarga e fiscalização, podendo usufruir de seu intervalo durante esse período, conforme se depreende do seu depoimento pessoal.

Esclarecem que o período de carga e descarga chegava a durar até 03 (três) horas dentro dos correios, sendo perfeitamente possível o gozo do intervalo

intrajornada durante tal período.

Dizem que os controles de jornada, preenchidos pelo próprio reclamante, atestam o gozo regular do intervalo intrajornada.

Analiso.

O Juízo de origem, com suporte na prova oral produzida, ao fixar a jornada de trabalho do reclamante, ante a desconstituição dos cartões de ponto juntados pela empregadora, considerou que o obreiro gozava de apenas 30 minutos de intervalo para repouso e alimentação, condenando as reclamadas ao pagamento de 30 minutos extras por dia laborado, decorrentes da supressão parcial do intervalo intrajornada.

Em audiência foram colhidos os seguintes depoimentos.

O autor disse: *"[...] que o carregamento e descarregamento do caminhão eram realizados por funcionários dos Correios, também havendo uma pessoa fiscalizando a carga e descarga do caminhão; que embora houvesse orientação da primeira reclamada para se usufruir do intervalo de 01h00 para refeição e descanso, isso não era possível em virtude do procedimento de trabalho; além disso, enquanto estava sendo realizado o carregamento e descarregamento, o depoente deveria permanecer por perto em virtude de eventual necessidade de se deslocar o caminhão; que nas viagens de ida e volta o depoente costumava fazer uma parada de quinze minutos para café e ir ao banheiro"*.

A testemunha convidada pelo autor afirmou: *"[...] que em razão dos horários de entregas, os motoristas usufruíam em média de dez/quinze minutos de intervalo para refeição e descanso em cada percurso realizado; que durante o carregamento e descarregamento, o motorista deveria permanecer no local, para fiscalizar a atividade do pessoal do Correio, por ele ser o responsável pela carga"*.

A testemunha da primeira ré declarou: *"[...] que o depoente fazia uma parada de quinze minutos para um lanche no percurso de ida e no percurso de volta; que durante o período de carregamento e descarregamento, deveria o motorista permanecer junto ao veículo, já que havia necessidade de permanecer no local; que o responsável por lacrar e retirar o lacre do caminhão era um funcionário dos Correios"*.

Portanto, o que se depreende destes relatos é que apesar de laborar externamente, no presente caso, restou demonstrado que a rotina imposta pela jornada do autor não permitia que ele dispusesse de parte de horário para gozar do intervalo intrajornada com a duração mínima prevista pela lei. Mesmo durante a carga e descarga do

caminhão não havia esta possibilidade, pois o motorista era obrigado a permanecer no local, como afirmaram as testemunhas (inclusive a da primeira ré).

Ainda que houvesse a orientação da empregadora para o gozo do intervalo de uma hora diária, o fato é que, repiso, não havia efetivamente esta possibilidade no transcorrer da rotina do autor.

Assim, constatado o gozo irregular do intervalo intrajornada pelo reclamante, nego provimento aos recursos das reclamadas.

RECURSO DA PRIMEIRA RÉ (matérias remanescentes)

ADICIONAL NOTURNO

A primeira reclamada insurge-se contra a condenação ao pagamento de diferenças de adicional noturno e de adicional noturno pelas horas da prorrogação da jornada.

Alega que sempre quitou corretamente o referido adicional, inclusive quanto à prorrogação.

Examino.

Em sua inicial, o autor afirma que não recebeu integralmente o adicional noturno sobre as horas efetivamente prestadas.

O Juízo de origem deferiu seu pedido, nos seguintes termos:

"[...]

Considerando a jornada supra fixada, indubitoso o trabalho em jornada noturna, assim considerado como o labor prestado entre as 22h00 de um dia e 05h00 do dia seguinte, por força do art. 73, § 2º, da CLT.

Inexiste prova do integral pagamento dessa parcela, ônus da reclamada.

Assim, por ocasião da quantificação das horas extras ora deferidas, apurar-se-á, também, o adicional noturno (20%)², cujo pagamento fica a reclamada condenada, com os mesmos reflexos fixados para o labor suplementar.

[...]

Diretor de Secretaria

[...]

2- mais precisamente, labor apurado entre 01h00 e 05h00.

[...]".

Portanto, o que se depreende da r. sentença é que não houve o deferimento de pagamento de adicional noturno na prorrogação da jornada noturna, haja vista que a condenação foi limitada ao período entre 01h00 e 05h00.

Considerando que restou comprovado que as jornadas registradas nos cartões de ponto não refletiam integralmente a real jornada cumprida pelo autor, por certo o pagamento do adicional noturno constante dos holerites não engloba a integralidade dos valores devidos ao obreiro, merecendo ser mantida a condenação imposta pela sentença.

Desprovejo.

RECURSO DO RECLAMANTE

INTERVALO INTRAJORNADA. GOZO PARCIAL

O reclamante não se conforma com a r. sentença que deferiu apenas parcialmente seu pedido de pagamento de horas extras pela concessão irregular do intervalo intrajornada, ante a condenação das rés ao pagamento apenas do período suprimido do referido intervalo.

Alega que tal entendimento contraria artigo 71, §4º, da CLT e a Súmula 437 do TST.

Requer o pagamento do período integral do intervalo.

Com razão.

A quitação, como extra, da integralidade do período destinado ao intervalo intrajornada e não só daquele suprimido, tem respaldo na previsão contida no §4º do art. 71 da CLT e no item I da Súmula 437 do TST:

Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

Constatada a supressão parcial do intervalo intrajornada do reclamante, dou provimento ao recurso para condenar a primeira reclamada, e subsidiariamente a segunda, ao pagamento de uma hora extra pela concessão irregular do referido intervalo, a se apurar conforme os parâmetros fixados pela sentença, mantidos os mesmos reflexos.

Provejo.

CONCLUSÃO

Conheço dos recursos interpostos. Rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva da segunda ré e, no mérito, dou parcial provimento ao seu recurso para determinar: a) a observância do entendimento contido na OJ 394 da SDI-1 do TST, para fins de apuração dos reflexos das horas extras deferidas; b) a aplicação do índice da caderneta de poupança, a título de juros de mora, conforme art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, nos termos da Tese Jurídica Prevalente nº 12, deste Regional.

Ao recurso da primeira ré, nego provimento.

Por fim, ao recurso do autor dou provimento para condenar a primeira reclamada, e subsidiariamente a segunda, ao pagamento de uma hora extra pela concessão irregular do referido intervalo, a se apurar conforme os parâmetros fixados pela sentença.

Elevo o valor da condenação para R\$ 35.000,00, com custas de R\$ 700,00, pela primeira reclamada.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da Décima Turma, hoje realizada, julgou o presente processo e, por unanimidade,

conheceu dos recursos interpostos; rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva da segunda ré; e, no mérito, sem divergência, deu parcial provimento ao seu recurso para determinar: a) a observância do entendimento contido na OJ 394 da SDI-1 do TST, para fins de apuração dos reflexos das horas extras deferidas; b) a aplicação do índice da caderneta de poupança, a título de juros de mora, conforme art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, nos termos da Tese Jurídica Prevalente nº 12, deste Regional. Ao recurso da primeira ré, a d. Turma, sem divergência, negou provimento. Por fim, ao recurso do autor a d. Turma, sem divergência, deu provimento para condenar a primeira reclamada, e subsidiariamente a segunda, ao pagamento de uma hora extra pela concessão irregular do referido intervalo, a se apurar conforme os parâmetros fixados pela sentença. Elevado o valor da condenação para R\$ 35.000,00, com custas de R\$ 700,00, pela primeira reclamada.

Tomaram parte no julgamento a(os) Exma(os): Juíza Convocada Gisele de Cássia Vieira Dias Macedo (Relatora-vinculada, substituindo a Exma. Desembargadora Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida, em virtude de férias regimentais), Desembargadora Taísa Maria Macena de Lima (Presidente) e Desembargadora Rosemary de Oliveira Pires.

Presente ao julgamento a il. representante do Ministério Público do Trabalho: Dra. Júnia Castelar Savaget.

Belo Horizonte, 09 de novembro de 2016.

GISELE DE CÁSSIA VIEIRA DIAS MACEDO

Juíza Convocada Relatora

VOTOS