



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

PROCESSO nº 1001988-67.2018.5.02.0603 (ROT)

RECURSO ORDINÁRIO

ORIGEM: 3ª Vara do Trabalho de São Paulo - ZONA LESTE

Prolator da Sentença: Juiz(a) Vanessa de Almeida Vignoli

RECORRENTE 1: **VIA VAREJO S/A** (reclamada)

RECORRENTE 2: **VALDIQUE OLIVEIRA DA SILVA** (reclamante)

RELATOR: MAURICIO MARCHETTI

Montador de móveis. Serviço externo. Fornecimento de tablet aos montadores de móveis para recebimento e baixa de ordens de serviço. Viabilidade do controle da jornada. Devidos adicional de horas extras e reflexos. A exclusão do regime da duração do trabalho não decorre do mero exercício de atividades externas, ou de ausência de fiscalização dos serviços durante o cumprimento da jornada, mas da incompatibilidade de fixação de horário de trabalho, conforme previsão do inciso I do art. 62 da CLT. Com o fornecimento de tabletas montadores de móveis para recebimento e baixa de ordens de serviço viabilizou-se o controle da jornada e diante do comprovado excedimento de oito horas diárias e 44 semanais, o reclamante faz jus às horas extras e respectivos reflexos.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da r. sentença de Id 400cd7f, proferida pelo(a) Juiz(a) do Trabalho Vanessa de Almeida Vignoli, da 3ª Vara do Trabalho de São Paulo - ZONA LESTE, que julgou a ação procedente em parte.

Embargos de declaração opostos pelo reclamante (Id 4ea669f), que tiveram provimento negado na r. decisão de Id e6fedce.

Recurso ordinário interposto pela reclamada (Id 4006887), buscando a reforma do julgado de origem quanto às horas extras, intervalo intrajornada e honorários advocatícios.

Recurso ordinário adesivo, interposto pelo reclamante (Id a46fa8c), insurgindo-se quanto às horas extras (labor em saldões, datas festivas, domingos, feriados e meses de dezembro e janeiro), intervalo intrajornada, intervalo interjornadas, restituição de gastos com telefone, indenização pela utilização de veículo próprio e, por, fim, quanto aos honorários advocatícios.

Contrarrazões do reclamante (Id 28b16f5).

Contrarrazões da reclamada (Id 7110597).

É o relatório.

VOTO

CONHECIMENTO

Conheço dos recursos interpostos, pois atendidos os pressupostos de admissibilidade.

MÉRITO

MATÉRIA COMUM

Jornada de trabalho e horas extras

Reclamante e reclamada insurgem-se quanto à jornada estabelecida na origem. A reclamada, buscando o afastamento da decisão que acolheu a jornada declinada pelo trabalhador. O obreiro, por sua vez, requer o elastecimento dos períodos de trabalho nas datas festivas que apontou na exordial, bem como aos domingos e feriados e, ainda, nos meses de dezembro e janeiro.

Analisando os pleitos de forma conjunta.

A jurisprudência já se consolidou no sentido de que o exercício de trabalho externo não impede o controle de jornada, porquanto o art. 62, I, da CLT, é claro ao considerar que a dispensa do controle decorre do exercício de *"atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados"*.

Certamente não é o caso dos autos, pois o empregado trabalhava mediante o atendimento a pedidos de montagem de móveis, o que foi inclusive comprovado pelo depoimento do preposto do empregador. O acompanhamento dos trabalhos executados era feito, inclusive, por *tablet* fornecido ao empregado. **Bastaria, portanto, que houvesse controle do horário de início e término de cada montagem para que a jornada do obreiro ficasse devidamente registrada. Esta prática, aliás, poderia ser realizada de forma indireta**, tendo em vista que a grande maioria dos condomínios e/ou edifícios residenciais controla o horário de entrada e de saída dos prestadores de serviços, já que são devidamente identificados na portaria de acesso.

Destarte, ao deixar de efetivamente controlar o horário de trabalho do autor, a reclamada o fez por liberalidade, e não por impossibilidade. Agiu com acerto o magistrado de origem, ao considerar que merece acolhimento a jornada indicada pelo obreiro, na peça inicial.

Falece, portanto, a tentativa de reforma buscada pela reclamada.

No que diz respeito ao pleito obreiro, razão parcial lhe assiste. Isso porque a exordial trouxe a informação de que o autor se ativava em horário mais extenso nas semanas que antecederiam as

datas comemorativas, meses de dezembro e janeiro e, ainda, quando havia "saldões" promovidos pela reclamada.

Passo à análise.

No que diz respeito às semanas que antecediam datas comemorativas, cumpre reconhecer que é público e notório o fato de que o comércio atua com horário estendido em tais períodos, o que por certo gera também a necessidade de aumento de trabalho por parte dos montadores de móveis. O mesmo ocorre nos meses de dezembro e janeiro, porquanto é também notório o elastecimento do horário de atendimento do comércio, tendo em vistas as festas de final de ano.

Note-se que o magistrado de origem aplicou o entendimento exarado na Súmula 338 do C.TST, acolhendo a jornada declinada pelo autor, o que ora se valida, diante da ausência de apresentação de controle de jornada.

Nada obstante, falta razão ao autor no que diz respeito ao elastecimento de horário de trabalho nos períodos de "saldões". Isso porque o reclamante apenas indica que "eram realizados 6 vezes por ano", mas não menciona em que períodos ocorriam, sendo certo que poderiam coincidir com as datas festivas indicadas e com os períodos englobados pelos meses de dezembro e janeiro, razão pela qual não há como estabelecer a frequência exata de aumento da carga de trabalho em função dos "saldões".

Pelo exposto, cumpre reformar em parte a jornada estabelecida na origem, para determinar que nas semanas que antecediam "dia dos pais", "dia das mães", "dia das crianças" e "dia dos namorados", bem como nos meses de janeiro e de dezembro, a jornada do autor se estendia entre 8h00 e 21h30min, permanecendo, para os demais períodos, a jornada já estabelecida na origem.

Nada a deferir quanto aos domingos e feriados. O autor afirmou em audiência que suas folgas ocorriam aos domingos e, quanto aos feriados, não veio aos autos sequer a indicação específica de quais seriam os feriados laborados. Note-se que são considerados feriados apenas os dias elencados pelas leis 662/1949, 6.802/1980 e 9.093/1995.

A jornada ora fixada mantém a condenação ao pagamento de horas extras, sendo que os demais tópicos recursais, relativos à jornada de trabalho, serão analisados individualmente.

Julgado parcialmente reformado.

Intervalo intrajornada

Mais uma vez, ambas as partes recorrem quanto ao tema. A reclamada alega não ser devido o pagamento de horas extras em virtude da violação da pausa intervalar e o autor, por sua vez, requer que o pagamento seja sempre realizado considerando-se o pagamento da hora integral, e não apenas do período efetivamente violado, como foi modulado na decisão *a quo*.

A decisão que deferiu o pagamento, como extras, das horas de intervalo violadas, foi baseada na aplicação da Súmula 338 do C.TST ao caso presente, tendo em vista a ausência de juntada de controle de jornada. A reclamada, assim, deixa de cumprir com o ônus que lhe pertence. O

ônus probatório apenas passaria a ser do reclamante caso o empregador tivesse juntado ao menos o controle de jornada com pré-assinalação da pausa intervalar (art. 74, §2º, da CLT), o que não ocorreu.

Assim, nada há a ser deferido à reclamada, permanecendo a obrigação de pagamento das horas relativas à pausa violada.

Melhor sorte não tem o reclamante em seu pleito, porquanto a modulação estabelecida pelo Juízo, quanto à natureza jurídica da parcela e quanto à obrigação de pagamento da hora integral ou apenas dos minutos violados, mostra-se alinhada com a nova redação do §4º do art. 71 da CLT, que foi dada pela Lei 13.467/2017, a partir de 11/11/2017.

No que diz respeito ao pleito de duas horas de intervalo intrajornada, não há razão para a reforma do decidido, porquanto a garantia legal é de intervalo "no mínimo, de 1 (uma) hora" (art. 71, *caput*, da CLT).

Nada a prover.

Honorários advocatícios

O pleito, embora seja comum às partes, será analisado ao final, após o enfrentamento dos tópicos suscitados pelo reclamante.

RECURSO DO RECLAMANTE

Intervalo interjornadas

A reforma realizada na jornada de trabalho do autor, que estabeleceu o labor, em datas e períodos determinados, entre 8h00 e 21h30 min, viola a pausa intervalar entre duas jornadas consecutivas de trabalho que deve ser de no mínimo 11 horas (art. 66 da CLT).

Dentro da jornada fixada para datas festivas, bem como nos meses de dezembro e janeiro, o autor gozava de 10h30min de pausa interjornadas, sendo devido o pagamento, como extra, do período violado.

Destarte, reforma-se a r. sentença atacada, para deferir ao autor o pagamento, como hora extra, **dos minutos efetivamente violados do intervalo interjornadas (Súmula 26 deste E. TRT da 2ª Região e OJ 355 da SBDI-1 do C.TST)**, com reflexos em aviso prévio, DSR, férias+1/3, 13º salários e FGTS+40%. Respeitados os demais parâmetros já estabelecidos para a apuração de horas extras.

Sentença reformada.

Restituição de gastos com telefone

Sem razão o autor.

Nos termos do que o próprio reclamante afirma em sua peça recursal (Id a46fa8c-pág.5), o pleito foi de "restituição", o que traz a necessidade de comprovação dos gastos alegados.

Contudo, como afirmando na origem, o autor não comprovou os gastos pelo uso de celular particular para a realização de seu trabalho (Id 400cd7f).

Em que pese o autor ter afirmado que não seria correto depender apenas da central para realizar contato com seu cliente, é certo que não há comprovação alguma de gastos com conta de telefone celular ou mesmo realização de recargas de créditos, o que seria condição *sine qua non* para o pleito de restituição.

Nada a prover.

Indenização pela utilização de veículo próprio

Com parcial razão o reclamante.

No que diz respeito às despesas com combustível, cumpre apontar que os contracheques exibem o pagamento de ajuda de custo, sendo que o reclamante não comprova a necessidade de percorrer as distâncias alegadas na inicial, nem mesmo a frequência de gastos com abastecimento de seu veículo.

Tendo a reclamada logrado comprovar o pagamento de ajuda de custo, diante da rubrica específica em contracheque, era ônus do reclamante a comprovação de diferenças devidas, o que não fez.

Nada obstante, razão assiste ao obreiro quanto ao aluguel pelo uso de veículo próprio. A testemunha ouvida a seu rogo afirmou que **"na entrevista do depoente houve a exigência que tivesse veículo próprio (carro ou moto)**; que o reclamante tinha carro; que não conhecia nenhum montador que não tivesse veículo próprio". A testemunha possui plena aptidão probatória quanto ao tema, porquanto afirmou que "era montador e trabalhou com o reclamante na mesma equipe".

Comprovada a necessidade de veículo próprio para o exercício do trabalho, faz jus o reclamante à contraprestação, sendo que o valor pleiteado (R\$750,00 mensais) mostra-se pertinente e adequado. Pelo exposto, cumpre dar provimento parcial ao presente tópico, para deferir ao autor o pagamento de R\$750,00 para cada mês laborado, relativos ao aluguel de veículo próprio.

Julgado reformado.

Honorários advocatícios

Reclamante e reclamada insurgem-se quanto ao tema.

No que diz respeito ao pleito patronal, nada há a se modificar. A determinação de pagamento de honorários advocatícios foi lastreada no art. 791-A da CLT, e não na Súmula 219 do C.TST. O pagamento de honorários sucumbenciais foi expressamente previsto pela Lei 13.467/2017,

aplicável ao caso presente, nos termos dos arts. 1º e 6º, ambos da Instrução Normativa 41 do C.TST.

No que diz respeito ao pleito obreiro, em que pese ser devida a verba honorária de forma recíproca, ante a procedência parcial da demanda, cumpre apontar que **as verbas deferidas ao reclamante não alteram a sua condição de hipossuficiente, razão pela qual fica a obrigação de pagamento de honorários sucumbenciais suspensa**, sendo aplicável o §4º do art. 791-A da CLT.

Por fim, não há falar em majoração dos honorários devidos pela reclamada, porquanto o percentual deferido na origem, de 5% dos valores dos pedidos julgados procedentes, mostra-se adequado diante dos requisitos insculpidos no §2º do art. 791-A da CLT.

Julgado reformado em parte.

Prequestionamento

As matérias a que se reportam os dispositivos normativos invocados pelas partes já se encontram prequestionadas na fundamentação da presente decisão. Anote-se que a jurisprudência trabalhista já se posicionou inclusive sobre a possibilidade de prequestionamento ficto (Súmula 297, III. do C.TST), que restou positivado pelo art. 1.025 do CPC.

Isto posto, **ACORDAM** os Magistrados da Décima Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: **CONHECER** dos recursos interpostos e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO ao apelo patronal e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso obreiro**, para:

- a) determinar que nas semanas que antecediam "dia dos pais", "dia das mães", "dia das crianças" e "dia dos namorados", bem como nos meses de janeiro e de dezembro, a jornada do autor se estendia entre 8h00 e 21h30min, permanecendo, para os demais períodos, a jornada já estabelecida na origem;
- b) deferir ao autor, por corolário, o pagamento, como hora extra, dos minutos efetivamente violados do intervalo interjornadas;
- c) deferir ao autor o pagamento de R\$750,00 para cada mês laborado, relativos ao aluguel de veículo próprio;
- d) determinar a suspensão de obrigação de pagamento de honorários sucumbenciais pelo reclamante, sendo aplicável o §4º do art. 791-A da CLT.

Tudo nos termos e limites da fundamentação.

Custas pela reclamada, no importe de R\$2.680,00, calculadas sobre o valor da condenação, que ora se rearbitra em R\$134.000,00.

Presidiu o julgamento o Excelentíssimo Senhor Desembargador
ARMANDO AUGUSTO PINHEIRO PIRES.

Tomaram parte no julgamento: MAURÍCIO MARCHETTI, SÔNIA
APARECIDA GINDRO e REGINA CELI VIEIRA FERRO.

Votação: **Unânime.**

São Paulo, 10 de Dezembro de 2019.

MAURICIO MARCHETTI
Juiz Relator

6RMZ