



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista 0010896-42.2020.5.18.0013

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 23/07/2021

Valor da causa: R\$ 92.193,97

Partes:

RECORRENTE: EDUARDO DA SILVA PADUA

ADVOGADO: Mário José de Sá

ADVOGADO: MARIANA BATISTA FERREIRA GONTIJO

ADVOGADO: ALEXANDRE GUSTAVO ROSA GONTIJO

RECORRIDO: SANTANDER CORRETORA DE SEGUROS, INVESTIMENTOS E SERVICOS S.A.

ADVOGADO: NELSON WILIAN FRATONI RODRIGUES

RECORRIDO: BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.

ADVOGADO: NELSON WILIAN FRATONI RODRIGUES



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO

PROCESSO TRT - ROT- 0010896-42.2020.5.18.0013

RELATOR : DESEMBARGADOR PAULO PIMENTA

RECORRENTE : EDUARDO DA SILVA PADUA

ADVOGADO : ALEXANDRE GUSTAVO ROSA GONTIJO

RECORRIDOS : BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A E OUTRA

ADVOGADO(S) : NELSON WILLIANS FRATONI RODRIGUES

ORIGEM : 13ª VARA DO TRABALHO DE GOIÂNIA

JUIZ : LUCIANO SANTANA CRISPIM

EMENTA

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. UTILIZAÇÃO DE MOTOCICLETA SEM EXIGÊNCIA DO SERVIÇO. Não restando comprovado que a utilização de motocicleta era imprescindível ao desempenho das atividades do obreiro ou que constituía exigência/imposição patronal, inviável a condenação ao pagamento do adicional de periculosidade com fundamento no art. 193, § 4º, da CLT.

RELATÓRIO

A parte reclamante interpõe recurso ordinário insurgindo-se contra a r. sentença proferida pelo d. Juízo de origem, que julgou improcedente a presente reclamação trabalhista.

Contrarrazões apresentadas pelos reclamados



Assinado eletronicamente por: PAULO PIMENTA - 17/09/2021 13:23:25 - d041826
<https://pje.trt18.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=2108051146168290000018007673>
Número do processo: 0010896-42.2020.5.18.0013
Número do documento: 2108051146168290000018007673

Sem remessa ao d. MPT, na forma regimental.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso do reclamante.

Conheço das contrarrazões apresentadas pelos reclamados.

MÉRITO

ENQUADRAMENTO COMO FINANCIÁRIO. AUSÊNCIA DE DESEMPENHO DE ATIVIDADES TÍPICAS

O MM. Juiz de origem indeferiu o enquadramento sindical do autor como financeiro, bem como as pretensões decorrentes, previstas nas normas coletivas da referida categoria.

O reclamante alega que foi admitido pela 1ª reclamada (SANTANDER CORRETORA DE SEGUROS, INVESTIMENTOS E SERVIÇOS S.A.), sempre desempenhando funções idênticas às de financeiros:



"Salienta-se que o Reclamante foi contratado para o cargo de 'agente próspera' sob a falsa alegação de que venderia 'seguros', visto que a empregadora falseia suas atividades financeiras com a razão social de 'corretora de seguros', e que não ofertaria crédito no mercado, na tentativa da 1ª Reclamada em falsear as atividades realmente desempenhadas pelos funcionários, qual seja: oferta de crédito por instituição financeira, o que ensejaria no enquadramento da empregadora como empresa financeira, e, por óbvio do trabalhador como financiário, nos termos do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho:" (ID. 651469b - Págs. 6/7)

Acresce que "a prova oral deixou expresso nos autos que o Reclamante realizava a oferta de crédito, se enquadrando como financiário", "e que a 1ª Reclamada ao contratá-lo sob a nomenclatura de 'agente próspera' tinha condão único de subverter o cargo por ele desempenhado ao não o enquadrar como financiário, e, assim não ser obrigada ao pagamento das verbas inerentes à função efetivamente desempenhada (ID. 651469b - Pág. 9).

Requer, assim, sejam deferidas diferenças salariais, tendo em vista o salário-base garantido aos financiários, em norma coletiva.

Ao exame.

No presente caso, o reclamante pleiteou o reconhecimento judicial de que, efetivamente, sempre laborou como financiário, na oferta de crédito, ainda que tenha sido admitido pela 1ª reclamada como "agente prospera" para desempenhar venda de seguros, requerendo, assim, o deferimento dos direitos inerentes à categoria dos financiários.

Restou incontroverso que "as empresas reclamadas pertencem ao mesmo grupo econômico (Grupo Santander Brasil), atuam no mesmo ramo de atividade" (ID. f0bef9f - Pág. 2), prestando "serviços à Prospera e esta atua no Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado, que visa estimular e facilitar o acesso ao crédito pelos microempreendedores formais e informais, sendo que atuava na prospecção de clientes", como o autor mesmo relata ao informar que oferecia crédito.

Eis o teor da prova oral, no pertinente:



"que o depoente exercia a função de agente de microcrédito e tinha as seguintes atribuições: fazer prospecção de clientes nas áreas comerciais e depois visitar os clientes em suas residências para confirmar as informações; aqui também fazer cobranças de clientes e vendia para os clientes apenas microcrédito e abertura de contas; (...); que depois que captava o cliente e conferir as suas informações o depoente o levava até a agência do reclamado, na Rua 3 com a Rua 9 no centro de Goiânia, onde lavrava o contrato de microcrédito; (...); que tinha acesso ao sistema dentro do banco para conferir o Serasa e a situação cadastral do cliente dentro do Banco; que tinha acesso a um terminal de computador utilizando o login e senha; que a sala da Prospera ficava no primeiro andar; que para ter acesso a essa sala o depoente passava dentro da agência e tinha que passar por duas portas utilizando senha; que nesta sala da Prospera trabalhavam fixos o gerente e o senhor Wilson, que era subgerente; que para trabalhar só utilizavam os computadores dentro da sala da Prospera; que empregados da agência não iam até a sala da Prospera para atender clientes; que eram treinados para fazer análises e liberação de crédito juntamente com o assistente de gerências; que clientes pequenos podiam liberar créditos de R\$2.000,00 a R\$5.000,00 e clientes grandes de R\$5.000,00 a R\$ 15.000,00; que tinham que formar grupos de 3 micros empreendedores onde um deveria avaliar o outro; que acima das alçadas citadas os créditos eram aprovados por um comitê; que o depoente não sabe por quem este comitê era integrado; que o depoente não tinha certificação CPA 10; (...); que estava subordinado ao gerente e ao senhor Wilson; (...); que duas ou três vezes por semana participava de reuniões na sala da prospera para discutir metas; (...); que as contas que o depoente abria podiam ser utilizadas pelo cliente imediatamente; que o depoente fornecido no ato da abertura da conta o cartão de débito; que tinha que abrir contas para o cliente que captou; que não tinha autorização para abrir contas para terceiro que não tinha interesse em microcrédito; que havia a possibilidade da pessoa pegar o microcrédito através do CPF, sacando a quantia no caixa sem ter que abrir conta; ..." (Depoimento do autor, ID. 424aba4 - Págs. 1/2)

"que trabalhou para a primeira reclamada a partir de março de 2019 até junho de 2020, como agente de microcrédito; que como agente de microcrédito concediam empréstimos pelo Banco Santander para empreendedores; que fazia uma análise do perfil do Empreendedor e conseguiu um empréstimo de acordo com sua capacidade de pagamento; que fazia uma análise mas a liberação do crédito era sempre feita pelos superiores; (...); que recebia ordens do senhor Wilson, supervisor, e do Senhor Laércio, que era superior a todos mas a depoente não recorda a nomenclatura do seu cargo; (...); que o reclamante tinha a mesma



função da depoente; que tinha metas de valores a emprestar durante o mês e metas de vendas de maquininhas; (...); que utilizava o sistema do banco para consultar CPF, abrir contas e vender maquininha; ..." (Depoimento da segunda testemunha apresentada pelo reclamante, sra. Gabriella Martins Ribeiro, ID. 424aba4 - Págs. 2/3)

"que trabalha no Prospera desde 27 de fevereiro de 2019; que inicialmente trabalhou como assistente comercial e depois passou a agente comercial; (...); que o reclamante fazia a prospecção de clientes em área delimitada, oferecendo microcrédito; (...); que o reclamante só ia na agência para entregar um contrato ou participar de reunião; (...); que cabe ao supervisor da filial aprovar o crédito; que o reclamante faz a prospecção do cliente; que análise do cadastro do cliente é feita no momento da aprovação da proposta; quem é abertura de contas é feita somente pelo gerente de atendimento na agência; que o agente de microcrédito não tem autonomia para abrir contas; (...); que o agente de microcrédito tem acesso ao sistema apenas para consulta restritivo, ou seja, de SPC e Serasa; (...); que o reclamante dava todo suporte desde a prospecção até a cobrança de clientes inadimplentes." (Depoimento da testemunha apresentada pelas reclamadas, sr. Wilson Pereira Barbosa, ID. 424aba4 - Págs. 3/4)

Pois bem.

Inicialmente, entendi que, ao que se depreende do conjunto probatório, as atribuições do reclamante não seriam de financeiro, pois não relacionadas diretamente à atividade própria de instituições financeiras, quais sejam: "a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros", conforme previsto no art. 17 da Lei 4.595/64.

Registrei ainda a ausência de menção sobre manuseio de dinheiro ou ingerência nos parâmetros de venda dos produtos das reclamadas, de onde se depreenderia que suas atividades se limitavam a captar clientes e "alimentar" o sistema da primeira reclamada com as informações/propostas dos clientes e fazer o repasse dos respectivos documentos a serem analisados pelo supervisor.

Nesse contexto, mantive a r. sentença acrescentando que a prova oral converge no sentido da alegação das reclamadas de que a primeira ré (Santander Corretora de Seguros, Investimentos



e Serviços S/A - Prospera), empregadora do autor, "atua no âmbito do Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado (PNMPO), instituído pela Lei nº 11.110/2005, atualmente disciplinado pela Lei nº 13.636/2018" e colacionando decisões do TST no sentido da não equiparação às financeiras, nesse caso.

Todavia, por ocasião da sessão de julgamento telepresencial do dia 15 de setembro de 2021, acolhi parcialmente a divergência apresentada pelo Exmº Desembargador Mário Sérgio Bottazzo, nos seguintes termos:

"De acordo com o ilustre Relator, "as atribuições do reclamante não eram de financeiro, pois não relacionadas diretamente à atividade própria de instituições financeiras" descritas no art. 17 da Lei 4.595/64.

O Relator fundamentou também que "Não há nenhuma menção sobre manuseio de dinheiro ou ingerência nos parâmetros de venda dos produtos das reclamadas, de onde se depreende que suas atividades se limitavam a captar clientes e "alimentar" o sistema da primeira reclamada com as informações/propostas dos clientes e fazer o repasse dos respectivos documentos a serem analisados pelo supervisor."

Noto ainda que a primeira reclamada (SANTANDER CORRETORA DE SEGUROS, INVESTIMENTOS E SERVIÇOS S/A) defendeu-se dizendo que não é uma instituição financeira porque "é uma sociedade de crédito ao microempreendedor e à empresa de pequeno porte inscrita no PNMPO e, por isso, não pode captar recursos e nem emitir títulos e valores mobiliários ao público em geral, mas tão somente nas situações específicas previstas no descrito art. 1º, §§ 1º ao 4º, da Lei 11.110/05".

E este foi um fundamento acolhido pelo Relator em razão de três julgados do TST no mesmo sentido que foram transcritos no voto. Eis a ementa de um dos julgados citados pelo Relator:

'RECURSO DE REVISTA. SOCIEDADE DE CRÉDITO AO



MICROEMPREENDEDOR E À EMPRESA DE PEQUENO PORTE . EQUIPARAÇÃO A INSTITUIÇÃO FINANCEÍRIA. INVIABILIDADE . Discute-se a possibilidade de equiparação da reclamada - sociedade de crédito ao microempreendedor e à empresa de pequeno porte - às instituições financeiras, para efeito de enquadramento sindical. No caso, o TRT, procedendo ao exame dos arts. 1º, incs. I e V, da Lei 10.194/2001, consignou entendimento de que as Sociedades de Crédito ao Microempreendedor e a Empresa de Pequeno Porte não se equiparam as instituições financeiras . Com efeito, a leitura conjunta dos incs. I e V do art. 1º da Lei 10.194/01 evidencia que as sociedades de crédito ao microempreendedor e a empresa de pequeno porte, não se insere no conceito de instituição financeira, de que trata o art. 17 da Lei nº 4595/1964 . A impossibilidade de captação de recursos de terceiros, como ressaltado pelo Tribunal Regional, descaracteriza a atividade financeira, aplicando-se, ao caso, por analogia, a regra adotada quanto às cooperativas de crédito, nos termos da Orientação Jurisprudencial 379 da SDI-1 do TST. Precedentes. Recurso de Revista de que se conhece e a que se nega provimento' (RR-10198-37.2018.5.03.0138, 8ª Turma, Relator Ministro Joao Batista Brito Pereira, DEJT 30/11/2020).

Resumido o entendimento do Relator, desde logo devo dizer que a matéria não é pacífica no TST, eis que a Corte Superior Trabalhista já decidiu em sentido oposto, isto é, decidiu que "a impossibilidade de captação de recursos de terceiros, inerente às sociedades de crédito ao microempreendedor e à empresa de pequeno porte (SCM EPP), não descaracteriza a atividade financeira". Eis as ementas dos julgados que adoto como razões de decidir:

'[...]II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nos 13. 015/2014 E 13.105/2015 E ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. SOCIEDADE DE CRÉDITO AO MICROEMPREENDEDOR E À EMPRESA DE PEQUENO PORTE. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ENQUADRAMENTO DO EMPREGADO COMO FINANCIÁRIO. 1. A impossibilidade de captação de recursos de terceiros, inerente às sociedades de crédito ao microempreendedor e à empresa de pequeno porte (SCM EPP), não descaracteriza a atividade financeira. 2. O art. 1º, I, da Lei nº 10.194/2001 expressamente equipara as Sociedades de Crédito ao Microempreendedor e à Empresa de Pequeno Porte "às instituições financeiras para os efeitos da legislação em vigor". 3. A recorrente ostenta forma de pessoa jurídica de direito privado, alheia à



Administração Pública, constituída como sociedade de capital, o que revela sua singularidade entre as outras pessoas jurídicas autorizadas inicialmente a promover o financiamento de microcrédito. 4. De toda forma, o rol de habilitados foi alterado pela Lei nº 13.636/2018, que em seu art. 3º, incluiu bancos comerciais, bancos múltiplos com carteira comercial e sociedades que prestam serviços financeiros por meio de plataformas eletrônicas, entre outros. Recurso de revista conhecido e desprovido' (RR-872-40.2015.5.06.0311, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 04/10/2019).

'[...] Com efeito, o Regional registrou que a ora agravante foi constituída conforme autorização prevista na Lei nº 10.194/2001 para viabilizar a concessão de financiamentos a pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte. Registrou, ainda, que a empresa está habilitada no Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado - PNMPO e que atua na forma da Lei nº 11.110/2005. E, nos termos do artigo 1º, inciso I, da Lei nº 10.194/2001, as Sociedades de Crédito ao Microempreendedor e à Empresa de Pequeno Porte se equiparam a instituições financeiras para os efeitos da legislação em vigor, podendo exercer atividades definidas pelo Conselho Monetário Nacional. Nesse contexto, uma vez que a equiparação da agravante a instituições financeiras decorre da legislação especial em vigor, não há falar em violação dos artigos 1º, § 3º, incisos I, II e III, e 6º da Lei nº 11.110/2005. Agravo de instrumento desprovido' (AIRR-862-90.2015.5.06.0312, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 15/12/2017).

Acresço que no caso dos autos é incontroverso que a primeira reclamada (Santander Corretora de Seguros, Investimos e Serviços S.A) integra o grupo econômico do segundo reclamado (Banco Santander Brasil S.A.), o que atrai a incidência do disposto na Súmula 239 do TST: 'É bancário o empregado de empresa de processamento de dados que presta serviço a banco integrante do mesmo grupo econômico, exceto quando a empresa de processamento de dados presta serviços a banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros.'

A 'ratio' da SUM-239 alcança todos os casos de empresa prestadora de serviços integrante de grupo econômico que se ative exclusivamente em favor da empresa subordinante (este não é o fundamento do pedido).



No caso, o reclamante não pediu vínculo de emprego com o segundo reclamado (Banco Santander), mas apenas o reconhecimento da sua condição de financiário e a responsabilidade solidária do banco em razão do grupo econômico com a primeira reclamada (Santander Corretora de Seguros, Investimos e Serviços S.A).

Não há, nos autos, alegação (nem prova) de que a empregadora preste serviços a 'banco e a empresas não bancárias do mesmo grupo econômico ou a terceiros.'

Ressalto que o Relator também afastou a condição de financiário porque o reclamante não tinha ingerência "nos parâmetros de venda dos produtos das reclamadas", limitando a 'captar clientes' e 'alimentar o sistema da primeira reclamada com as informações/propostas dos clientes e fazer o repasse dos respectivos documentos a serem analisados pelo supervisor.'

Entretanto, o TST já decidiu que a atividade de captação de clientes das empresas financeiras é suficiente para o reconhecimento da condição de financiário:

'[...] RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA SOCIAL RECONHECIDA. ENQUADRAMENTO SINDICAL. CATEGORIA PROFISSIONAL DOS FINANCIÁRIOS. ATIVIDADE DE INTERMEDIACÃO DE CRÉDITO . A atuação na intermediação de recursos (créditos) de terceiros, mediante a captação de clientes, o preenchimento de propostas de financiamento e o seu encaminhamento à instituição bancária, responsável pela efetivação dos referidos empréstimos permite enquadrar a empregadora do reclamante como "instituição financeira", nos termos dos arts. 17 da Lei 4.595/64 e 1º da Lei 7.492/86. Considerando-se que o reclamante se ativava nas referidas atividades, não há como afastá-lo das normas coletivas aplicáveis à categoria dos financiários, afinal, para todo trabalho igual deve-se atribuir remuneração equivalente, nos termos dos arts. 7º, XXX, da Constituição Federal e 7º, 'a', I, do PIDESC, ratificado pelo Brasil e incorporado no plano interno do país pelo Decreto 591, de 6 de julho de 1992 . Recurso de revista conhecido e provido' (RR-101108-91.2017.5.01.0206, 2ª Turma, Relatora Ministra Delaide Miranda Arantes, DEJT 04/12/2020).



[...] II. RECURSO DE REVISTA NÃO REGIDO PELA LEI 13.015/2014. 1. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. EQUIPARAÇÃO AOS ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS. APLICAÇÃO DAS NORMAS COLETIVAS. SÚMULA 55/TST. O Tribunal Regional, soberano na análise de fatos e provas, concluiu que a Reclamada atuava como instituição financeira e que o Reclamante desenvolvia labor na atividade fim da empresa. Dessa forma, elasteceu ao Reclamante a jornada de trabalho contida no artigo 224 da CLT e os direitos previstos na convenção coletiva dos financiários. A Corte regional assentou que 'Pouco importa que a reclamada não tenha participado das respectivas negociações, uma vez que o trabalhador não pode ser prejudicado pelo incorreto enquadramento realizado pela reclamada.' De fato, reconhecido que a Reclamada é uma empresa financeira e que o Autor exerce atividades correlatas à atividade-fim da instituição financeira, faz ele jus ao recebimento dos direitos inscritos nas normas coletivas dos financiários. Julgados. Recurso de revista não conhecido. [...]' (RR-874-21.2010.5.01.0021, 5ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 10/08/2018).

'[...]EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/14. PROMOTOR DE VENDAS. CAPTAÇÃO DE CLIENTES PARA A CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMOS E FINANCIAMENTOS. ENQUADRAMENTO COMO FINANCIÁRIO. JORNADA DE TRABALHO. EQUIPARAÇÃO A BANCÁRIO PARA OS EFEITOS DO ART. 224 DA CLT. A jurisprudência prevalente no âmbito desta Corte é no sentido de que as empresas que tenham por finalidade a captação de clientes para concessão de financiamentos e empréstimos - como é o caso da BF Promotora de Vendas Ltda., empregadora da reclamante - são consideradas financeiras e se equiparam aos estabelecimentos bancários para os efeitos do artigo 224 da CLT, nos termos da Súmula 55do TST. Recurso de embargos conhecido e provido' (E-RR-310-27.2010.5.01.0026, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 01/09 /2017).

Diante de todo o exposto, dou provimento ao recurso obreiro para reconhecer a condição de financiário do reclamante e acolher os pedidos decorrentes (salário previsto na CCT, jornada de 6 horas (TST, SUM-55))."



A divergência só não restou totalmente acolhida porque, como se verá em tópico seguinte, o reclamante, exercendo trabalho externo, enquadra-se na exceção disposta no inciso I do art. 62 da CLT, não havendo falar em jornada de 6 horas.

Dá-se provimento ao recurso para reconhecer a condição de financeiro do autor e, em consequência, deferir o pedido de diferenças salariais e reflexos pleiteados, com base no piso definido para o empregado de escritório na cláusula segunda da CCT de ID 4f5066d: R\$2.224,55.

JORNADA DE TRABALHO. ATIVIDADE EXTERNA

O MM. Juiz de origem, considerando que o reclamante exercia atividade externa, sem controle e fiscalização de jornada, não se enquadrando na exceção prevista no art. 62, I, da CLT, indeferiu as horas extras e reflexos requeridos na exordial.

O reclamante insurge-se contra o indeferimento alegando, em síntese, que "o trabalho externo, por si só, não enseja o enquadramento do trabalhador na exceção do artigo 62, I, da CLT. Para que o trabalhador seja enquadrado nesta exceção, a jornada deve ser incompatível com o controle, o que não se vê no caso em comento" (ID. 651469b - Pág. 12).

Garante que "depreende-se da prova testemunhal que a Reclamada dispunha de meios hábeis ao controle de jornada, assim como havia uma jornada estipulada em contrato de trabalho" (ID. 651469b - Pág. 12).

Pois bem.

A duração do trabalho é tema de ímpar relevância no Direito Laboral, pois representa a medida de tempo em que, por um lado, o empregado deve prestar serviços a fim de perceber a contraprestação avençada e, por outro, o empregador se apropria dessa força laboral no intuito precípua de, em regra, auferir vantagem em sua atividade empresarial.



Além disso, assume importância, igualmente, em razão da influência que provoca na saúde do trabalhador, resultando daí o principal escopo para sua limitação legal, mormente em razão da ampla proteção conferida pela Constituição Federal às normas pertinentes à saúde, higiene e segurança no trabalho.

Entretanto, é cediço que o Direito não pode ignorar a existência de situações excepcionais, em que a atividade desempenhada pelo obreiro, ao mesmo tempo que lhe confere certa flexibilidade para ajustar o horário de efetivo labor, não permite à entidade patronal proceder ao respectivo controle da jornada.

Nesse sentido, o art. 62, I, da CLT, dispõe que não estão abrangidos pelo regime de duração do trabalho os empregados que exerçam atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho.

É claro que não basta a inexistência de controle da jornada obreira, mas que seja impossível sua realização.

Sendo assim, estabelece a CLT, sob inspiração do princípio da razoabilidade, uma presunção de que, sendo a atividade externa, não há falar em controle da prestação laboral. Entretanto, embora seja legal, esta presunção é relativa, pois sucumbe diante de prova firme em sentido contrário. O ônus, nesse caso, pertence ao empregado (art. 818 da CLT).

Partindo dessas premissas, caso reste comprovado a possibilidade de controle da jornada do trabalhador externo, incumbirá à reclamada apresentar os controles de ponto do reclamante.

Certo é que o reclamante foi contratado pela primeira reclamada em 13/02/2019 para exercer o cargo de "agente prospera", alegando as reclamadas, em defesa, que o contrato de trabalho foi entabulado nos termos do art. 62, I, da CLT (ID. 135b64a - Pág. 24).



A respeito do local de trabalho, das funções desempenhadas pelo autor e do seu horário de labor, vejamos a prova oral colhida em audiência:

"que o depoente exercia a função de agente de microcrédito e tinha as seguintes atribuições: fazer prospecção de clientes nas áreas comerciais e depois visitar os clientes em suas residências para confirmar as informações; aqui também fazer cobranças de clientes e vendia para os clientes apenas microcrédito e abertura de contas; que trabalhava das 8h às 18 horas ou das 9h às 19h, sempre com uma hora de intervalo, de segunda a sexta-feira; que aos sábados trabalhava das 8h às 13h ou das 13h às 18h; que depois que captava o cliente e conferir as suas informações o depoente o levava até a agência do reclamado, na Rua 3 com a Rua 9 no centro de Goiânia, onde lavrava o contrato de microcrédito; (...); que 50% da jornada do depoente era trabalhada externamente; que formalmente não registrava ponto pelo sistema do banco; que quando havia demanda saía de casa direto para visitar clientes; (...); que entrava em contato com os dois no final do dia para informar as ocorrências e a jornada que cumpriria no outro dia; que no final do expediente acontecia de o depoente sair do cliente e ir direto para casa sem ter que passar na agência do reclamado; que isso acontecia principalmente aos sábados porque a agência não abre neste dia; que o cliente podia mudar a data e o horário da visita dependendo da demanda; que tirava uma hora de intervalo por dia; que duas ou três vezes por semana participava de reuniões na sala da prospera para discutir metas; que as reuniões duravam de 1 hora a 1 hora e 30 minutos; que utilizava a motocicleta para visitar os clientes e, eventualmente quando chovia, utilizava carro; ..." (Depoimento do autor, ID. 424aba4 - Págs. 1 /2, destaqui)

"que trabalhou para a primeira reclamada a partir de março de 2019 até junho de 2020, como agente de microcrédito; (...); seu trabalho era livre no sentido de se fazer a rotina, sempre visitando os clientes mas tinham que ir até a agência; que iam até a agência para acompanhar a abertura de conta e a liberação do crédito ao cliente; que a agência ficava no setor central de Goiânia; (...); que começava a trabalhar a partir das 8 horas e depois começou a trabalhar a partir das 9 horas, de acordo com a orientação da equipe; que encerrava a jornada, teoricamente, a partir de 18 horas; que acontecia de trabalhar depois das 18 horas de acordo com a disponibilidade do cliente; (...); que enviavam uma agenda do que fariam durante o dia e depois faziam um relatório oral por telefone; que passava relatório também quando participava de reuniões na agência; (...); que a depoente fazia a rota de acordo com os clientes que iria atender; (...); que a depoente fazia o agendamento dos clientes e a rota a ser percorrida; que no início do dia tirava



uma foto da agenda e enviava para o supervisor; (...); que tinha como reagendar visitas a pedido do cliente; que não precisava pedir permissão ao supervisor para reagendar visita ao cliente; ..." (Depoimento da testemunha arrolada pelo autor, sra. Gabriela Martins Ribeiro, ID. 424aba4 - Págs. 2/3, ressaltei)

"que trabalha no Prospera desde 27 de fevereiro de 2019; (...); que hoje começa a trabalhar como agente às 8 horas e encerra jornada por volta das 17 horas; que não tem horário fixo para iniciar e terminar a jornada; que tira uma hora de intervalo para refeição; que o reclamante fazia a prospecção de clientes em área delimitada, oferecendo microcrédito; (...); que o reclamante trabalhava aos sábados caso entendesse que havia necessidade de fazer prospecção, por exemplo, de uma feira; que não tinham meios para controlar a jornada cumprida pelo reclamante; que o reclamante só ia na agência para entregar um contrato ou participar de reunião; que 95% de sua jornada era externa; que não era necessário o reclamante avisar o superior a rotina de trabalho e os clientes visitados; que cabe ao supervisor da filial aprovar o crédito; que o reclamante faz a prospecção do cliente; que análise do cadastro do cliente é feita no momento da aprovação da proposta; quem é abertura de contas é feita somente pelo gerente de atendimento na agência; (...); que como reclamante não recebi a hora extra e nem tinha controle de jornada, se trabalhasse aos sábados poderia fazer compensação durante a semana; (...); que o reclamante fazia prospecção no local de atividade do cliente e muitas vezes esse local coincidia com a residência; ..." (Depoimento da testemunha arrolada pelas reclamadas, sr. Wilson Pereira Barbosa, ID. 424aba4 - Págs. 3/4, destaquei)

Da análise dos autos e dos depoimentos acima reproduzidos depreende-se que o autor trabalhava (exercer suas funções/prospecções do microcrédito) no local de atividade do cliente ou residência deste, exercendo atividade tipicamente externa e incompatível com o controle da jornada de trabalho. Os clientes que ele atendia não eram previamente determinados pelas demandadas e a rotina de trabalho explicitada pelas testemunhas revela a impossibilidade de controle.

Não era obrigatório que o autor fosse até a agência antes de iniciar as visitas aos clientes, bem como de retornar à agência ao final do expediente, organizando livremente sua rotina diária, de acordo com a disponibilidade do cliente, não necessitando de permissão de superior hierárquico para realizar a rota ou mudá-la caso necessário reagendamento de visita. Evidenciado, da mesma forma, que o reclamante comparecia na agência apenas para entrega de contrato ou para participar de reunião.



Incólume a r. sentença de origem:

"Ressalta-se, que o conjunto probatório demonstrou, de forma inequívoca, que o reclamante desempenhava atividade externa, sem controle e fiscalização de jornada, situação que o enquadra na regra do art. 62, I, da CLT. Não há que se falar em horas extras e reflexos. Indeferem-se." (ID. f0bef9f - Pág. 7)

Registro que, na sessão telepresencial de 15 de setembro de 2021, o Exmº Desembargador Mário Sérgio Bottazzo apresentou divergência conforme voto vencido em anexo, a cujas razões contrapôs os seguintes fundamentos, em acréscimo aos que apresentei originalmente:

"Concordo com a assertiva de que, para se afastar o enquadramento da situação fática na previsão do inciso I do art. 62 da CLT não é necessário que a jornada de trabalho seja efetivamente controlada, bastando que ela seja controlável. Concordo, ainda, que o controle possível não é apenas o direto, mas também o indireto, como o estabelecimento de metas que demandem sobrelabor.

Entretanto, entendo que a conclusão de que a jornada é controlável não é válida, para os fins em tela, quando o eventual exercício do controle possível fulmine ou altere o grau de liberdade de que o empregado dispõe na organização de seu tempo de trabalho.

Assim, quando o empregador, ainda que disponha de meios para o controle da jornada, não o exerce, deixando livre o trabalhador para organizar sua atividade, interessando-se mais pelo resultado do que por mera aferição de horas de dedicação, sem cobrar resultados que imporiam uma excessiva duração do labor, o caso deve ser inserido na exceção do art. 62, inciso I, da CLT.

É o que, entendo, ocorria no caso, data venia.

Com efeito, o autor declarou em depoimento que:



"quando havia demanda **saía de casa direto para visitar clientes**; que estava subordinado ao gerente e ao senhor Wilson; que entrava em contato com os dois no final do dia para informar as ocorrências e **a jornada que cumpriria no outro dia**; que no final do expediente **acontecia de o depoente sair do cliente e ir direto para casa sem ter que passar na agência do reclamado**; que isso **acontecia principalmente aos sábados porque a agência não abre neste dia**; que **o cliente poderia mudar a data e o horário da visita dependendo da demanda**;" (destaquei)

A testemunha conduzida pelo autor, por sua vez, disse:

"**eu [sic] trabalho era livre no sentido de se fazer a rotina**, sempre visitando os clientes mas tinham que ir até a agência; **que iam até a agência para acompanhar a abertura de conta e a liberação do crédito ao cliente**; que a agência ficava no setor central de Goiânia; que recebia ordens do senhor Wilson, supervisor, e do Senhor Laércio, que era superior a todos mas a depoente não recorda a nomenclatura do seu cargo; que começava a trabalhar a partir das 8 horas e depois começou a trabalhar a partir das 9 horas, de acordo com a orientação da equipe; que encerrava a jornada, **teoricamente**, a partir de 18 horas; que acontecia de trabalhar depois das 18 horas **de acordo com a disponibilidade do cliente**; que **a depoente trabalhava apenas de segunda a sexta-feira**; que a depoente tirava uma hora de intervalo para refeição; que o reclamante tinha a mesma função da depoente;" (omitido); "que tinha metas de valores a emprestar durante o mês e metas de vendas de maquininhas; **que enviavam uma agenda do que faziam** durante o dia e depois faziam um relatório oral por telefone". (destaquei)

Desses elementos de prova, concluo que a jornada de trabalho era, de fato, organizada pelo trabalhador, que não precisava se dirigir à agência para comprovar cumprimento de jornada, senão para acompanhar a abertura de conta e a liberação do crédito ao cliente, podendo inclusive ir direto para a casa, ao final de um dia de trabalho; que podia ou não trabalhar no sábado, tanto que o reclamante trabalhava e a testemunha não; que mesmo no meio da semana poderia definir sua jornada de acordo com a disponibilidade do cliente.



Essa situação, conluo, não é compatível com o reconhecimento de jornada extraordinária.

Nega-se provimento.

QUILÔMETRO RODADO. RESSARCIMENTO

Inconformado com o indeferimento do pedido de diferenças quanto a ajuda de custo (combustível, desgaste e desvalorização) referente a veículo utilizado no desempenho do labor, o demandante recorre.

Em suma, argumenta:

"Evidente que o ressarcimento das despesas, ou pagamento de ajuda de custos, fora insuficiente ao longo do contrato de trabalho, posto que o Reclamante deveria arcar com despesas com gasolina, seguro, manutenção, IPVA, desgaste e depreciação do bem, considerando que era exigência das Reclamadas que o trabalhador possuísse veículo próprio.

As despesas com combustível, desgaste e desvalorização do veículo devem ser suportadas pelas Reclamadas, ao teor do artigo 2º da CLT, que dispõe acerca do risco da atividade econômica, que deverá ser suportada pelo empregador, porquanto a lei impede que o patrimônio do empregado seja onerado em razão do vínculo de emprego, sob pena de transferência do risco do empreendimento, o que é vedado pelo ordenamento jurídico." (ID. 651469b - Pág. 15)

Sem razão.



No que se refere à ajuda de custo, eis o que foi certificado pela prova oral:

"...; que recebia ajuda de custo de R\$450 a R\$500; que ninguém nunca trabalhou utilizando o ônibus; que no ato da contratação o depoente teve que comprovar que tinha veículo e CNH; ..." (Depoimento do autor, ID. 424aba4 - Pág. 2)

"...; que trabalhava utilizando o carro próprio; que o pré-requisito para ser contratado era ter carro e habilitação; que o reembolso de despesas variava de acordo com o mês sendo que a depoente chegou a receber de R\$250,00 até R\$400,00; (...); que não teve nenhum pedido de restituição de despesa negado; que não era preciso comprovar o gasto através de nota fiscal; ..." (Depoimento da testemunha do autor, sra. Gabriela Martins Ribeiro, ID. 424aba4 - Pág. 3)

"... que o agente de microcrédito pode utilizar o próprio veículo ou transporte público para visitar clientes; que o reclamado faz reembolso de despesa com base nos agendamentos feitos pelo agente de microcrédito e nos resultados; que não tem que apresentar nota fiscal, que é autodeclaratório e não existe limite para restituição de despesas;..." (Depoimento da testemunha indicada pelas reclamadas, sr. Wilson Pereira Barbosa, ID. 424aba4 - Pág. 3)

Ao que claramente se percebe, a reclamada ressarcia todas as despesas livremente declaradas pelos agentes de microcrédito (função do autor), não havendo sequer menção sobre pedido negado. Pelo contrário, a testemunha obreira, sra. Gabriela, foi categórica ao afirmar "que não teve nenhum pedido de restituição de despesa negado; que não era preciso comprovar o gasto através de nota fiscal".

Nessa feita, sem retoques a r. sentença que indeferiu o pedido de ressarcimento pelas despesas com o uso de veículo próprio no desenvolvimento da atividade laborativa, eis que comprovado que a demandada assim já procedia, não havendo prova sobre possíveis diferenças devidas.

Nego provimento.



ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

O d. Juízo de origem indeferiu o pedido do autor de condenação da reclamada ao pagamento do adicional de periculosidade, pelo exercício de suas atividades em motocicleta, ao fundamento de que não restara comprovada a exigência de que suas funções fossem por tal meio desempenhadas.

Insurge-se o reclamante, sustentando que "restou inequívoco nos autos que o Reclamante utilizava motocicleta para trabalhar" (ID. 651469b - Pág. 16) e que sua atividade era predominantemente externa, expondo-o, portanto, a risco contínuo.

Pleiteia a condenação da ré ao pagamento de adicional de periculosidade.

Analiso.

Por razões de economia processual e, sobretudo, por comungar dos fundamentos esposados no RO 0010977-85.2015.5.18.0006, de relatoria do Exmo. Des. Daniel Viana Júnior, adoto-os como razões de decidir:

"Inicialmente, destaco que para fazer jus ao adicional de periculosidade, é irrelevante a função exercida, bastando que o empregado desenvolva as suas atividades com uso de motocicleta.

A Lei nº 12.997/2014, com vigência a partir 20-6-2014, acrescentou o §4º ao artigo 193 da CLT, fazendo constar como atividade perigosa as executadas pelos trabalhadores em motocicleta. Transcrevo:

'Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em



virtude de exposição permanente do trabalhador a:

(omitido)

§ 4º São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta. (Incluído pela Lei nº 12.997, de 2014)'

Em 14-10-2014, foi publicada a Portaria MTE nº 1.565, a qual aprovou o Anexo V da NR nº 16, tornando o adicional de periculosidade obrigatório para os trabalhadores em motocicleta. Referida norma regulamentar prevê, *in verbis*:

'ANEXO 5 (Aprovado pela Portaria MTE n.º 1.565, de 13 e outubro de 2014)

ATIVIDADES PERIGOSAS EM MOTOCICLETA

1. As atividades laborais com utilização de motocicleta ou motoneta no deslocamento de trabalhador em vias públicas são consideradas perigosas.
2. Não são consideradas perigosas, para efeito deste anexo:
 - a) a utilização de motocicleta ou motoneta exclusivamente no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela;
 - b) as atividades em veículos que não necessitem de emplacamento ou que não exijam carteira nacional de habilitação para conduzi-los;
 - c) as atividades em motocicleta ou motoneta em locais privados.
 - d) as atividades com uso de motocicleta ou motoneta de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido.'

Em 17-12-2014, foi publicada a Portaria Ministério do Trabalho nº 1.930, de 16-12-2014, suspendendo os efeitos da Portaria MTE nº 1.565/2014.



Em 8-1-2015, foi publicada a Portaria MTE nº 5, de 7-1-2015, revogando a Portaria MTE nº 1.930/2014 e mantendo a suspensão do pagamento do adicional de periculosidade apenas para os associados da Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e de Bebidas não Alcoólicas e os confederados da Confederação Nacional das Revendas AMBEV e das Empresas de Logística da Distribuição.

No presente caso, analisando todo o conjunto fático probatório existente nos autos, observo que não restou comprovado que era exigência da reclamada o uso de motocicleta para o exercício do labor. O contrato de trabalho de fls. 80/81 é silente quanto ao uso de motocicleta e o documento de fl. 84 comprova que o reclamante renunciou o uso do vale-transporte fornecido pela empresa.

Os contracheques de fls. 97/127 comprovam que era pago ao reclamante o auxílio combustível, mas o reclamante em nenhum momento comprovou nos autos que a reclamada tivesse exigido a utilização de motocicleta para o exercício de seu labor. As partes e a testemunha ouvida nos autos (ata de audiência de fls197/198) nada manifestaram quanto a esta questão.

Portanto, considerando que a própria atividade do autor - montador de móveis - não exige, por si só, deslocamento em motocicleta e, considerando também que não restou provado que o uso desse veículo era exigido pela reclamada, ou mesmo que tenha sido ajustado contratualmente, entendo não ser aplicável ao autor o art. 193, §4º, da CLT, não fazendo jus o obreiro ao pagamento do adicional de periculosidade." (Destaquei)

Ressalto que, no caso vertente, a prova oral aponta para a não exigência, pela reclamada, de que os empregados utilizassem, especificamente, motocicleta para os deslocamentos. Confira-se:

"que trabalhava utilizando o carro próprio; que o pré-requisito para ser contratado era ter carro e habilitação;" (testemunha conduzida pelo reclamante, sra. Gabriela Martins Ribeiro, ID. 424aba4 - Pág. 2)



"que o agente de microcrédito pode utilizar o próprio veículo ou transporte público para visitar clientes" (testemunha conduzida pelas reclamadas, sr. Wilson Pereira Barbosa, ID. 424aba4 - Pág. 4)

Assim sendo, a r. sentença analisou adequadamente a presente questão:

"Indefere-se o pedido de adicional de periculosidade, já que não restou demonstrada a de habilitação exigência na categoria 'A' para prestação de serviços, sendo que o próprio reclamante afirmou que a única condição, no ato da contratação, era comprovação de propriedade de veículo e CNH, e disse que, inclusive, em dias de chuva optava por utilizar automóvel no deslocamento para prestar serviços." (ID. f0bef9f - Pág. 7)

Registro que, na sessão telepresencial do dia 15 de setembro de 2021, o Exmº Desembargador Mário Sérgio Bottazzo apresentou divergência, conforme voto vencido em anexo, a cujas razões contrapôs os seguintes fundamentos, em acréscimo aos que apresentei originalmente:

"Inobstante os julgados de duas Turmas do TST colacionados na divergência, no sentido de que a circunstância de a reclamada não exigir o uso de motocicleta não afasta o direito do empregado ao adicional de periculosidade, ante a permissividade do empregador, observo que outros julgados do mesmo TST apontam que a obrigatoriedade da utilização da moto é perscrutada ao menos como requisito para o conhecimento do recurso de revista, para análise seja da transcendência jurídica, seja da incidência da Súmula 126 daquele órgão, que inviabiliza o recurso de natureza extraordinária para o revolvimento de provas. Senão vejamos:

'AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/17. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. MOTOCICLETA. USO FACULTATIVO. HABITUALIDADE NÃO NOTICIADA. MATÉRIA FÁTICA. TRANSCENDÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. Impõe-se confirmar a decisão agravada, porquanto o agravante não demonstrou que as questões veiculadas no recurso de revista são relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses



subjetivos do processo (art. 1.035, § 1º, do CPC) . Agravo a que se nega provimento' (Ag-AIRR-443-17.2019.5.12.0004, 1ª Turma, Relator Desembargador Convocado Marcelo Lamego Pertence, DEJT 28/05/2021 - destaquei).

Do acórdão, constou o seguinte:

'Isso porque o Tribunal Regional do Trabalho consignou ser o uso de motocicleta meramente opcional e desnecessário para o trabalho, assinalando que 'ao autor incumbia desenvolver suas atividades como promotor de vendas, independente do uso de moto, podendo utilizar, inclusive, outro meio de transporte'.

Observa-se, ainda, que sequer se encontra assentado no quadro delineado pelo Tribunal Regional o uso diário e habitual da motocicleta, cingindo-se a discussão à propriedade e à necessidade do veículo para o labor.

Nesse contexto, evidencia-se o caráter fático da controvérsia e, portanto, insuscetível de reexame na via recursal de natureza extraordinária, nos termos da Súmula nº 126 do TST.'

Releva, ainda, assinalar, que, no julgamento do Proc. TST-ArgInc-1000845-52.2016.5.02.0461, o Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho não declarou a inconstitucionalidade do pressuposto recursal da transcendência, mas sim que 'É inconstitucional a regra inserida no artigo 896-A, § 5º, da CLT, ao prever a irrecorribilidade da decisão monocrática proferida pelo relator que rejeita a transcendência da questão jurídica versada no agravo de instrumento em recurso de revista'.

Portanto, impõe-se confirmar a decisão agravada, por seus próprios fundamentos.



Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo.' (destaquei)

'AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. MOTOCICLETA . HABITUALIDADE. TRANSCENDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento de ser devido o adicional de periculosidade aos empregados que desempenham suas atividades com a utilização de motocicleta, a partir da data da publicação da Portaria nº 1.565/2014 do Ministério do Trabalho e Emprego (14.10.2014), a qual aprovou o anexo 5 da Norma Regulamentadora nº 16 (atividades perigosas em motocicleta). Precedentes . Na hipótese , restou incontroverso nos autos que o uso da motocicleta era uma exigência para o desempenho das atividades pelo empregado e que o veículo, inclusive, pertencia à empregadora. Nesse contexto, verifica-se que o egrégio Tribunal Regional, ao condenar a reclamada ao pagamento do adicional de periculosidade, no período de 8.1.2015 a 15.4.2015 (na vigência da Portaria 1.565/2014 do Ministério do Trabalho e Emprego), decidiu em consonância com atual e iterativa jurisprudência desta Corte Superior, o que obstaculiza o processamento do recurso de revista, nos termos da Súmula nº 333 e do artigo 896, § 7º, da CLT. A incidência do óbice contido na Súmula nº 333 é suficiente para afastar a transcendência da causa, uma vez que inviabilizará a aferição da existência de eventual questão controvertida no recurso de revista, e, por conseguinte, não serão produzidos os reflexos gerais, nos termos previstos no § 1º do artigo 896-A da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento' (AIRR-100296-92.2018.5.01.0051, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 16/08/2019 - destaquei).

'AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/17 - (omitido) - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - ART. 193, § 4º DA CLT - USO DE MOTOCICLETA Nos termos do § 4º do art. 193 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 12.997/2014, 'são também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta'. Correta a decisão regional que deferiu o adicional de insalubridade ao Reclamante, em razão do uso obrigatório de motocicleta no trabalho. Agravo de Instrumento a que se nega provimento' (AIRR-1175-54.2016.5.10.0005, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 31/01/2019 - destaquei).



Nesse contexto, com a devida vênia, não colho da jurisprudência TST, ao menos por enquanto, uma orientação firme no sentido de que, em qualquer quadro fático, o direito ao adicional de periculosidade persista ainda que o uso de motocicleta não seja uma exigência do empregador. Ao meu sentir, há espaço para que sejam consideradas as peculiaridades do caso concreto.

Destaco que tenho dificuldade em assimilar que a obrigação nasça não da colocação do trabalhador em situação de risco pelo empregador (ou pela dinâmica de sua atividade) e sim pela exclusiva iniciativa voluntária do trabalhador, sem qualquer ganho nesta opção ao empregador, ainda que este com ela venha a ser complacente, lembrando que, por vezes, o interesse maior no uso da motocicleta pode ser exclusivo do trabalhador, no afã de reduzir tanto eventuais custos, como tempo de deslocamento.

E neste caso observo que, além de se tratar de uma faculdade do empregado, ele sequer pode alegar razões financeiras ou econômicas para o uso da motocicleta, pois, ao que se infere, dispunha de carro, pois admite que o utilizava quando chovia, e, conforme os depoimentos das testemunhas, tinha direito a ajuda de custo para fazer face aos gastos respectivos, sem que fosse necessário sequer a apresentação de notas fiscais. Observe-se:

'que trabalhava utilizando o carro próprio; que o pré-requisito para ser contratado era ter carro e habilitação; que o reembolso de despesas variava de acordo com o mês, sendo que a depoente chegou a receber de R\$250,00 a R\$400,00; (omitido); que não teve nenhum pedido de restituição de despesa negado; que não era preciso comprovar o gasto através de nota fiscal' (Gabriela Martins Ribeiro, testemunha conduzida pelo reclamante)

'que o reclamado faz reembolso de despesa com base nos agendamentos feitos pelo agente de microcrédito e nos resultados; que não tem que apresentar nota fiscal, que é autodeclaratório e não existe limite para restituição de despesa'. (Wilson Pereira Barbosa, testemunha conduzida pelos reclamados).



Nega-se provimento.

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. MAJORAÇÃO DE OFÍCIO PELA SUBMISSÃO DA CAUSA AO TRIBUNAL.

De acordo com o art. 85, § 11, do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho por força do art. 15 do mesmo diploma e do art. 769 da CLT, "O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal", ou seja, impõe-se a majoração dos honorários sucumbenciais sempre que o feito for submetido à instância revisora.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte aresto da jurisprudência do STF:

"AGRAVO INTERNO NA AÇÃO ORIGINÁRIA. ART. 102, I, 'N', DA CRFB /88. INTERESSE DE TODOS OS MEMBROS DA MAGISTRATURA NÃO CONFIGURADO. INCOMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF. CARÁTER RESTRITO E TAXATIVO DE SUA COMPETÊNCIA. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 85, §11, DO CPC/2015. DESNECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DE CONTRARRAZÕES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A competência constitucional originária do Supremo Tribunal Federal para a ação prevista no art. 102, I, 'n', da Constituição Federal, demanda a existência de situação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados e que o direito postulado seja exclusivo da categoria. 2. In casu, trata-se de pedido veiculado por servidores do Judiciário estadual quanto à revisão da respectiva remuneração, revelando-se inadequada a competência originária desta Corte para o caso, nos termos do art. 102, I, 'n', da CRFB/88. 3. A interposição de recurso sob a égide da nova lei processual possibilita a majoração dos honorários advocatícios (ora fixados em 10% dez por cento sobre o valor da causa), mesmo quando não apresentadas contrarrazões, nos termos do art. 85, § 11, do CPC /2015. 4. Agravo regimental a que se nega provimento". (AO 2063 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator p/ acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 13-09-2017 PUBLIC 14-09-2017). Destaquei.



Logo, ainda quando o recorrido não peça expressamente a majoração dos honorários sucumbenciais em suas contrarrazões ou por outro meio, a medida é imperiosa, por dever de ofício, já que essa parcela configura pedido implícito, nos termos do art. 322, § 1º, do CPC, também aplicável subsidiariamente por força dos arts. 769 da CLT e 15 do CPC.

Isso porque, na sistemática processual vigente, a majoração em sede recursal da verba sucumbencial incidente sobre o objeto que não logrou êxito possui nítido caráter dissuasório.

Assim sendo, tendo em vista os critérios definidos no § 2º do art. 791-A da CLT, reputo razoável majorar os honorários advocatícios sucumbenciais devidos pelo reclamante, de 5% (cinco por cento) para 7% (sete por cento).

Na sessão telepresencial do dia 15 de setembro de 2021, o Exmº Desembargador Mário Sérgio Bottazzo, em decorrência de suas divergências que conduziram ao provimento parcial do recurso, propôs majorar apenas para 6% os honorários devidos pelo reclamante, bem como condenar os réus ao pagamento de honorários em favor do autor, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

A proposta foi acolhida apenas quanto à parte final, considerando que com o resultado do julgamento quanto às verbas principais, os reclamados foram condenados apenas ao pagamento de diferenças salariais e reflexos, tendo por parâmetro piso salarial normativo.

Assim, prevaleceu a majoração dos honorários devidos pelo reclamante para 7%, nos termos acima expostos, bem como a condenação dos réus ao pagamento de honorários sucumbenciais no importe de 10% sobre o valor da condenação.

Conclusão

Conhece-se do recurso e, no mérito, dá-se-lhe parcial provimento, com a condenação dos réus ao pagamento de honorários sucumbenciais e a majoração dos honorários devidos



pelo autor, nos termos da fundamentação expendida.

É o acórdão.

ACÓRDÃO

ACORDARAM os magistrados da Segunda Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, em sessão telepresencial realizada em 25/08/2021, por unanimidade, em suspender o julgamento do feito pelo pedido de vista regimental do Excelentíssimo desembargador Mário Sérgio Bottazzo. Resguardado para sustentar oralmente pelo recorrente/reclamante (Eduardo da Silva Pádua) o advogado Mário José de Sá e pela recorrida/primeira reclamada (Santander Corretora de Seguros, Serviços e Investimentos S.A.) a advogada Izabel Dantas de Almeida.

ACORDAM os magistrados da Segunda Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, prosseguindo no julgamento, em sessão telepresencial realizada nesta data, por unanimidade, em **conhecer** do recurso e, no mérito, por maioria, vencido parcialmente o Excelentíssimo desembargador Mário Sérgio Bottazzo, que juntará voto vencido, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, majorando, de ofício, os honorários advocatícios sucumbenciais, nos termos do voto do Excelentíssimo Relator. Sustentou oralmente pelo recorrente/reclamante (Eduardo da Silva Pádua) o advogado Mário José de Sá e pela recorrida/primeira reclamada (Santander Corretora de Seguros, Serviços e Investimentos S.A.) a advogada Izabel Dantas de Almeida.

Participaram da sessão de julgamento os Excelentíssimos Desembargadores do Trabalho PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO FILHO (Presidente), MÁRIO SÉRGIO BOTTAZZO e PAULO PIMENTA, além do douto representante do Ministério Público do Trabalho. Secretário da sessão, Celso Alves de Moura.

Goiânia, 15 de setembro de 2021 - sessão telepresencial.



PAULO PIMENTA
Relator

Voto vencido

VOTO VENCIDO

ENQUADRAMENTO COMO FINANCIÁRIO. AUSÊNCIA DE DESEMPENHO DE ATIVIDADES TÍPICAS

Em decorrência da divergência quanto ao enquadramento como financeiro, explicitada no acórdão, a par da divergência a respeito da jornada de trabalho, propus dar provimento ao recurso também para reconhecer o direito à jornada de 6 horas e deferir horas extras e reflexos.

JORNADA DE TRABALHO. ATIVIDADE EXTERNA

As normas gerais sobre a duração do trabalho (CLT, Título II, Capítulo II) "aplicam-se a todas as atividades, salvo as expressamente excluídas, constituindo exceções as disposições especiais, concernentes estritamente a peculiaridades profissionais constantes do Capítulo I do Título III" (CLT, art. 57).

Excluídos da proteção legal quanto à duração do trabalho são: I - os empregados que exercem 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 e II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial (CLT, art. 62); excluídos do direito de anotação da jornada são os empregados em estabelecimentos de 10 ou menos trabalhadores (CLT, art. 74, § 2º, na redação anterior à Lei nº 13.874, de 2019).

Naturalmente, toda excludente de antijuridicidade alegada pelo réu é fato impeditivo do direito do autor; logo, é do empregador o ônus de provar (se alegar e houver controvérsia) que o empregado i) exerce atividade externa incompatível com fixação de horário de trabalho, ii) exerce cargo de gestão e iii) ativa-



se em estabelecimento com dez ou menos empregados.

E também é dele o ônus de provar a impossibilidade de fiscalizar e controlar a duração do intervalo intrajornada gozado durante o desempenho de atividade externa.

Os meios de fiscalização e controle podem ser diretos (por exemplo, pelo uso de rádio ou telefone, ou mediante a instalação do dispositivo conhecido como tacógrafo no veículo utilizado pelo empregado) ou indiretos (por exemplo, exigência de cumprimento de metas ou de execução de tarefas diárias que demandem o trabalho durante o intervalo).

Incompatível é o que não pode harmonizar-se, ou seja, o que é inconciliável ou incombinável. Certamente, o que impede a fixação de horário, em se tratando de trabalhador externo, é o fato de sua jornada não poder ser controlada. Nisto reside a desarmonia, a inconciliabilidade: se não é possível fiscalizar e controlar o trabalho, como fixar horário?

Então, o que afasta o direito do empregado às horas extras não é o fato da jornada de trabalho do empregado não ser controlada, mas de não ser controlável. Em outras palavras, se a atividade do empregado, mesmo sendo externa, pode ser fiscalizada e controlada pelo empregador, fará jus o empregado ao recebimento das horas extras laboradas.

Existem várias formas de controlar a jornada de trabalho do empregado exercente de atividade externa: o preestabelecimento de rotas, por exemplo, é adotado por muitas empresas.

Também a exigência do comparecimento diário do empregado à sede da empresa permite controle eficaz da jornada de trabalho. Outra forma comumente utilizada é a programação de visitas estabelecida ou previamente aprovada pelo empregador. Além disso, é possível acompanhar a atividade do empregado por rádio ou telefone, ou mediante a instalação do dispositivo conhecido como tacógrafo no veículo utilizado pelo empregado.

Assim, cumpre-me verificar se a jornada de trabalho do reclamante era controlável.



De acordo com o ilustre Relator, o reclamante exerceu atividade externa incompatível com controle de jornada porque "os clientes que ele atendia não eram previamente determinados pelas demandas e a rotina de trabalho explicitada pelas testemunhas revela a impossibilidade de controle. Não era obrigatório que o autor fosse até a agência antes de iniciar as visitas aos clientes, bem como de retornar à agência ao final do expediente, organizando livremente sua rotina diária, de acordo com a disponibilidade do cliente, não necessitando de permissão de superior hierárquico para realizar a rota ou mudá-la caso necessário reagendamento de visita. Evidenciado, da mesma forma, que o reclamante comparecia na agência apenas para entrega de contrato ou para participar de reunião."

De fato, os depoimentos evidenciaram a liberdade de cumprimento de horário do autor, que podia organizar a sua agenda e sua rota, não necessitando comparecer na reclamada diariamente.

Acontece que existem outros elementos que possibilitavam o controle de jornada, como cumprimento de metas, relatório oral e uso de tablet com GPS. Eis os depoimentos:

"tinha metas de valores a emprestar durante o mês e metas de vendas de maquininhas; que enviavam uma agenda do que fariam durante o dia e depois faziam um relatório oral por telefone; que passava relatório também quando participava de reuniões na agência; [...] que no início do dia tirava uma foto da agenda e enviava para o supervisor; que acontecia de o supervisor pedir para acompanhá-la em determinada visita;" [...] que já recebeu advertência oral por não ter passado a rotina diária ao superiores." (2ª test recte, ID. 424aba4 - Pág. 3)

"que havia controle de jornada pelo supervisor, através de vídeos chamadas, reuniões e GPS do tablet; que a empresa fornecia um tablet" (prova emprestada - 1ª test do recte da ATOrd 0010898-18.2020.5.18.0011, ID. 6233b91 - Pág. 3)

"que havia controle de jornada pela gerência, através de ligação, mensagens no WhatsApp e de dispositivos no tablet; que havia reuniões presenciais constantes; que havia mesa pessoal para atendimento aos clientes; que tem uma sala separada da Prospera" (prova emprestada - 2ª test do recte da ATOrd 0010898-18.2020.5.18.0011, ID. 6233b91 - Pág. 3)

A propósito, o TST já decidiu que o uso de tablet com GPS possibilita o controle da jornada. Eis a ementa do julgado:



"RECURSO DE REVISTA - HORAS EXTRAORDINÁRIAS - TRABALHO EXTERNO - POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE JORNADA. 1 . Para o enquadramento do empregado como trabalhador externo inserido nas disposições do art. 62, I, da CLT, é conditio sine qua non que o empregado exerça atividades fora do estabelecimento comercial da empresa e que não exista nenhum controle de horário, direto ou indireto. Anote-se que não é a ausência de controle de jornada que caracteriza a exceção do art. 62, I, da CLT, mas a impossibilidade desse controle, hipótese que não ocorreu no caso vertente. 2 . No caso, o Tribunal Regional admitiu a existência de trabalho externo e a impossibilidade de controle de jornada por tablet , mas também registrou que o dispositivo era utilizado para fins de acompanhamento de montagens mediante sistema GPS ligado à internet , com indicação plena do local e horário em que eram realizadas as montagens dos móveis nos endereços ordenados. 3 . A utilização dos aludidos recursos tecnológicos, ao contrário do entendimento adotado pela Corte a quo , afasta a exceção prevista no art. 62, I, da CLT, pois são meios telemáticos que possibilitam o controle e fiscalização da jornada de trabalho externo. Logo, afigura-se devido o pagamento das horas extraordinárias. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-1420-97.2016.5.12.0041, 7ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 31/08/2018).

Do exposto, a jornada do autor era controlável.

Afastado o enquadramento do reclamante na exceção do art. 62, I, da CLT, competia à primeira reclamada juntar aos autos os controles de jornada do reclamante de todo o pacto laboral, ônus do qual não se desincumbiu.

E nos termos da jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, "A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário" (SUM-338, I).

Corolário do exposto é a condenação das reclamadas ao pagamento das horas extras e reflexos requeridos, conforme jornada apontada na inicial, observado o divisor 180.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE



O ilustre Relator está rejeitando o pedido porque "não restou comprovado que era exigência da reclamada o uso de motocicleta para o exercício do labor."

De fato, o próprio autor disse em seu depoimento que "no ato da contratação o depoente teve que comprovar que tinha veículo e CNH" (fl. 403).

Nada obstante, era incontroverso o uso da motocicleta, bem como a sua permissão pelo empregador.

Perigosas são as "atividades de trabalhador em motocicleta" (CLT, art. 193, § 4º), ou seja, o enquadramento sindical e a profissão do trabalhador são irrelevantes na caracterização da periculosidade.

"Trabalhador em motocicleta" é aquele que utiliza a motocicleta como ferramenta de trabalho - mototaxistas, entregadores e outros.

Confirmando o conceito legal, a NR-16 diz que são consideradas perigosas "as atividades laborais com utilização de motocicleta" (Anexo 5, item 1).

E diz que não são consideradas perigosas a) a utilização de motocicleta ou motoneta exclusivamente no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela; b) as atividades em veículos que não necessitem de emplacamento ou que não exijam carteira nacional de habilitação para conduzi-los; c) as atividades em motocicleta ou motoneta em locais privados e d) as atividades com uso de motocicleta ou motoneta de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido.

Assim, o empregado fará jus ao recebimento do adicional de periculosidade desde que o labor seja realizado com a utilização de motocicleta, ainda que o seu uso não seja exigência obrigatória do empregador.

Essa questão jurídica foi examinada no ROPS-0011063-41.2015.5.18.0011, relatado pela Exma. Juíza Rosa Nair da Silva Nogueira Reis e julgado por unanimidade pela 3ª Turma em 09/12/2015, com meu



voto, restando decidido que "para a configuração da periculosidade, não se exige que o obreiro se desloque em motocicleta por determinação da empresa, bastando que se utilize deste meio de transporte para executar suas atividades laborais cotidianas." (grifei).

A propósito, nesse sentido já decidiu o TST:

"AGRAVO . AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. (SÚMULA 126). O conjunto fático-probatório produzido nos autos foi no sentido de que o autor utilizava motocicleta em serviço e que a reclamada não fez prova de que o uso ocorria de forma eventual ou extremamente reduzido, tendo sido a condenação relativa ao período de 14/10/2014 a 30/10/2014, uma vez que a partir de novembro lhe foi disponibilizado automóvel. Destaco que, ainda que a reclamada não obrigasse ou exigisse o uso da motocicleta, era permissiva quanto ao uso do referido veículo para o trabalho do reclamante. Diante desse contexto, não há como vislumbrar a indicada afronta literal ao artigo 193, § 4º, da CLT. Entender de forma contrária demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que encontra óbice na Súmula 126. Agravo não provido" (Ag-AIRR-2009-77.2016.5.09.0654, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 11/10/2019).

"[...] 2. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. O Regional consignou que o reclamante laborava regularmente utilizando motocicleta, motivo pelo qual faz jus ao adicional de periculosidade no período de 14/10/2014 em diante, uma vez que , na referida data , foi publicada a Portaria nº 1.565/2014 do MTE , a qual regulamentou o artigo 193, § 4º, da CLT, que prevê o aludido direito aos empregados que trabalham utilizando motocicleta. Ora, mesmo se a reclamada não obrigava ou exigia o uso da motocicleta, era permissiva quanto ao uso do referido veículo para o trabalho do reclamante. Diante desse contexto, não há como vislumbrar a indicada afronta literal ao artigo 193, § 4º, da CLT.[...] (AIRR-10606-09.2017.5.18.0053, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 15/03/2019).

Do exposto, dou provimento para acolher o pedido de adicional de periculosidade.

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

O ilustre Relator nega provimento ao recurso e por isso está majorando os honorários advocatícios sucumbenciais devidos pelo reclamante, de 5% para 7% .



Como estou dando provimento parcial ao recurso, majoro para 6% os honorários devidos pelo reclamante e condeno os réus ao pagamento de honorários em favor do autor, que fixo em 10% sobre o valor da condenação.

MÁRIO SÉRGIO BOTTAZZO

Desembargador

