



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

00060-2012-129-03-00-8-RO

RECORRENTE(S):MGS - MINAS GERAIS ADMINISTRACAO E SERVICOS S.A.

(1)

VANDER ANDRADE DA FONSECA (2)

ESTADO DE MINAS GERAIS (3)

RECORRIDO(S) :OS MESMOS

EMENTA: DIÁRIAS DE VIAGEM – INTEGRAÇÃO À REMUNERAÇÃO. Comprovado pagamento de diárias de viagem em valor superior a 50% do salário do empregado, correta a determinação de integração à remuneração para todos os efeitos.

RELATÓRIO

Trata-se de recursos ordinários interpostos da decisão de f. 1948/1962, da lavra do juiz Agnaldo Amado Filho, que julgou procedentes, em parte, os pedidos.

Depósito recursal e custas processuais comprovados às f.1969/1969-v.

Contrarrazões às f.1992/1995, 1999/2001 e 2013/2014-v.

Procurações às f. 1157, 1290/1290-v, 1478, 1903-v/1904.

Manifestação do MPT pelo conhecimento e desprovimento dos apelos dos reclamados (f.2018).

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de cabimento e de admissibilidade, conheço dos recursos.

Analiso em conjunto a matéria referente à indenização por dano moral, ante sua identidade nos apelos dos reclamados.

MÉRITO

INDENIZAÇÃO – ASSÉDIO MORAL (MATÉRIA COMUM AOS APELOS DOS RECLAMADOS)

A reparação do dano moral tem fundamento na teoria da responsabilidade civil com previsão nos artigos 5º, inciso X, da Constituição da



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

00060-2012-129-03-00-8-RO

República e 186 do Código Civil.

Entretanto, para que surja o direito à reparação pecuniária pelos danos morais eventualmente suportados pelo trabalhador há que se constatar o cometimento de um ato ilícito comissivo ou omissivo do empregador.

Na hipótese, percebe-se pela comunicação da 1ª ré, MGS – Minas Gerais Administração e Serviços S.A, que o autor foi colocado à disposição pelo tomador de serviços, AGE – Advocacia Geral de Estado em Pouso Alegre, “sob alegação de resistência na realização de tarefas que lhe são atribuídas, piora na qualidade dos Serviços prestados, afoitamento na conclusão de suas tarefas, muitas vezes não realizando a contento. Delega para os colegas as tarefas que são atribuídas a V.Sa, Conversa paralela, falando alto e dando gargalhada gerando incômodo no ambiente de trabalho”, *verbis* (f.61). Diante disso, a 1ª ré instaurou processo administrativo em face do autor e lhe informou que não “há outra vaga compatível com seu cargo e salário para remanejamento”.

Defendendo-se, o autor trouxe aos autos 02 declarações atestando sua boa conduta no exercício de suas funções (f.63/64), uma do Dr. Mário Roberto de Jesus, Procurador do Estado, e da Drª Paloma Inayá Nicolet da Silva, também Procuradora do Estado. E considerando-se que a 1ª ré – MGS – não trouxe qualquer elemento que amparasse suas alegações em relação à conduta do autor e ilidissee as declarações apresentadas pelos Procuradores do Estado, tem-se por afastada a fundamentação do processo administrativo instaurado.

Ocorre, porém, que não houve prova de qualquer dano aos direitos da personalidade do autor. Tanto que as testemunhas sequer souberam dizer o porquê de sua dispensa (v. depoimentos, f.1945/1946, 10º v).

Logo, ainda que a reclamada não tenha logrado provar em juízo a motivação que lançou naquele documento, tal fato, por si só, não é capaz de sustentar a condenação pretendida.

Neste ponto, importa dizer que, ainda que a empregadora tivesse dispensado o reclamante por justa causa, e em Juízo houvesse a reversão para dispensa imotivada, tal fato não teria o condão de gerar direito à indenização por danos morais. Isso porque, para que a reparação postulada seja deferida, tem que estar sobejamente comprovado o abuso patronal e a repercussão danosa da atitude patronal na vida profissional e social do empregado. Necessário comprovar que o ato praticado pelo empregador foi lesivo à sua vida funcional e social, tendo o intuito de macular ou denegrir a imagem do trabalhador.

Por tudo isso, dou provimento aos recursos para excluir a condenação da reclamada ao pagamento da indenização por danos morais.

**RECURSO DA 1ª RECLAMADA – MGS – MINAS GERAIS
ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS S.A**

DIÁRIAS DE VIAGEM – INTEGRAÇÃO

Dispõe o art. 457, § 2º, da CLT, que não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% do salário percebido pelo empregado.

No caso, ficou demonstrado que a verba em questão era paga para



00060-2012-129-03-00-8-RO

custear despesas destinadas à viabilização de sua atividade profissional, como expressamente afirmou o autor em sua inicial ao dizer que tais verbas “eram pagas após todas as viagens para fora de Pouso Alegre”. Veja que ali o autor indicou que inicialmente era-lhe pago o valor de R\$27,50 e a partir do segundo mês de trabalho, R\$40,00 e ao final do R\$42,00 (f.10).

O documento trazido aos autos pelo 2º reclamado, Estado de Minas Gerais (f.1567/1599, 8º v), aponta os valores pagos ao autor a título de diárias de viagem nos anos de 2006 a 2011. Por amostragem, no mês de abril do ano de 2009, o reclamante percebeu o importe de R\$400,00 a título de diárias de viagem (f. 1584/1585). Nesse mês, seu salário importou R\$780,09 (f.1332, 7ºv). Logo, o valor pago a título de diárias é superior a 50% do salário do autor.

Embora o critério objetivo do §2º do art. 457 da CLT (acima de 50%) não mais seja absoluto, como informa a IN n. 08 do MTE, 01.11.1991, que estabelece que “não serão consideradas de natureza salarial as diárias de viagem quando sujeitas à prestação de contas, mesmo se o total dos gastos efetivamente incorridos excederem a 50% do salário do empregado, no mês respectivo”, no caso não se demonstrou o acerto de contas.

Portanto, os valores pagos não estavam sujeitos à prestação de contas e se destinavam ao ressarcimento pelo trabalho, não havendo como negar seu caráter salarial.

Nego provimento.

DIFERENÇAS SALARIAIS

Regra geral, o enquadramento sindical do empregado, excetuadas as hipóteses de categoria diferenciada, opera-se pela atividade econômica preponderante exercida pela empregadora (artigo 581 da CLT), como também pela base territorial do local da prestação de serviços, em face dos princípios da territorialidade e unicidade sindical.

O contrato social da 1ª reclamada, MGS – Minas Gerais Administração e Serviços S.A, noticia que a sociedade tem por finalidade a prestação de serviços técnicos, administrativos e gerais, às secretarias, órgãos e entidades da administração pública direta e indireta do Estado e dos Municípios. Dentre a prestação de serviços está incluída a locação de mão de obra para conservação, limpeza, asseio, higienização, vigilância e serviços temporários e a gestão de contratos de transporte de valores, cargas e passageiros por via aérea e terrestre em geral (f.1474-v, 8ºv).

O reclamante foi contratado como motorista (v. cópia CTPS, f.51 e contrato de trabalho, f. 54) para prestar serviços o 2º reclamado, Estado de Minas Gerais (v. contrato de prestação de serviços, f. 1525/1526, 8º v).

É o quanto basta para se aplicar ao caso o instrumento coletivo trazido aos autos com a inicial (f. 81/89), firmado pelo Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação do Estado de Minas Gerais e o sindicato profissional da categoria dos trabalhadores em transporte e que abrange a base territorial específica da cidade de Pouso Alegre, local da prestação de serviços do autor, o que será considerado na apreciação da controvérsia.



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

00060-2012-129-03-00-8-RO

Verifica-se que, de fato, o autor percebia valores inferiores ao piso previsto no instrumento coletivo. A título de exemplo, em fevereiro de 2011 o salário do autor perfazia R\$834,70 (f.1335, 7º v), em que pese o piso salarial previsto no instrumento coletivo (f. 81-v). Aqui é importante esclarecer que se convencionaram pisos diferentes para os motoristas, em razão da natureza da atividade exercida: se motorista executivo, de caminhão, de carreta, de veículos até 07 lugares ou acima de 07 e até 12 lugares (v. cláusula terceira, f. 81-v). Todavia, embora a CTPS do autor não especifique que tipo de veículo era dirigido por ele (f.51), tampouco seu contrato de trabalho (f.54), o valor que lhe era pago por certo é inferior àqueles ali previstos.

Esclareça-se que a análise das fichas financeiras revela que houve quitação a título de “Dif. Salarial CCT” (por exemplo, f. 1333, 7º v), o que levou o Juízo de origem a determinar a observância de todos os aumentos salariais convencionais concedidos (v. sentença, f. 1951, 10º v).

Nego provimento.

RECURSO DO 2º RECLAMADO – ESTADO DE MINAS GERAIS

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Não se conforma o Estado de Minas Gerais com sua condenação subsidiária ao pagamento das parcelas trabalhistas devidas ao reclamante pela 1ª reclamada.

A redação da Súmula 331 do TST foi recentemente alterada pelo TST, em consonância com o julgamento proferido pelo STF na ADC 16, para se incluir o item V, que dispõe:

“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 n.º 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”.

Veja-se que o item V incluído na Súmula 331 do TST não colide com o julgamento proferido pelo STF na ADC 16, mas com ele se harmoniza. É que o STF não excluiu a possibilidade de responsabilização subsidiária do ente público, mas apenas impediu que esta responsabilização fosse calcada no mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do prestador de serviços, sob pena de se negar vigência, ainda que implicitamente, ao art. 71, §1º, da Lei 8.666/93.

Porém, embora não se possa responsabilizar o Órgão Público ante o



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

00060-2012-129-03-00-8-RO

mero inadimplemento da empresa prestadora dos serviços, ele pode sim, ser responsabilizado quando é ele quem descumpre sua obrigação legal, como determinada pelo artigo 67, da Lei 8.666, quando diz que a execução do contrato deve ser fiscalizada por um representante da Administração, especialmente designado para tal mister.

Nesse caso, cabe à Administração, através de seu representante, exigir a comprovação do recolhimento dos encargos sociais e previdenciários, demonstrando nos autos que verificou a regularidade do contrato, anotando em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato e determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados, como expressamente dispõe o § 1º do artigo 67 da Lei 8.666/93, sob pena de restar evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações legais.

E como é do tomador a obrigação de fiscalizar e anotar ocorrências e faltas, pelo princípio da aptidão para a prova, segundo o qual o ônus de produzir prova deve ser atribuído a quem tem os meios para fazê-lo, independentemente de se tratar de fato constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito da outra parte, era do Estado de Minas Gerais o ônus de comprovar que procedeu à efetiva fiscalização e acompanhamento da execução do contrato, sob pena de, em caso contrário, se reconhecer a responsabilidade subsidiária da administração pública, pelo adimplemento das parcelas objeto da condenação imposta à empresa contratada.

De fato, a se admitir que o ente público jamais pudesse ser responsabilizado na terceirização de serviços, estar-se-ia cometendo o retrocesso nefasto de se consagrar a irresponsabilidade absoluta do Estado, teoria há muito rechaçada pela jurisprudência pátria.

Neste sentido, repise-se, não se trata de afastar a aplicação do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93, não havendo falar em negativa de vigência do citado artigo, sendo certo que o entendimento adotado decorre da interpretação dos comandos legais em consonância com os princípios que regem o Direito do Trabalho.

No caso em apreço, não logrou a recorrente demonstrar que exigia da empresa contratada a comprovação de regularidade no cumprimento das obrigações trabalhistas, ônus que lhe competia, impondo-se reconhecer a sua responsabilidade subsidiária pelas verbas deferidas, na esteira do item V da Súmula 331 do TST.

Saliente-se que o fundamento da condenação do tomador de serviços não se extrai apenas da aludida súmula, mas da conjugação de uma série de diplomas legais que abordam a questão da terceirização no Direito brasileiro (Decreto-lei n. 200/67; Lei n. 5.645/70; Lei n. 6.019/74 e Lei n. 7.102/83), além, é claro, das normas concernentes à responsabilidade civil, como já mencionado.

Desse modo, não se vislumbra qualquer ofensa aos dispositivos legais e constitucionais, tampouco ao art. 37, inciso II, da Constituição da República. Nego provimento.

RECURSO DO AUTOR



00060-2012-129-03-00-8-RO

INTERVALOS INTRAJORNADA

Os controles de ponto trazidos aos autos (f.1346/1399) apontam o gozo de 01 hora de intervalo intrajornada. As testemunhas não souberam informar se o autor usufruía ou não dos referidos intervalos (f. 1945/1946).

Assim, não tendo a prova favorecido o autor, mantém-se integralmente a sentença no aspecto.

Nego provimento.

HORAS EXTRAS – VIAGENS A BELO HORIZONTE, VARGINHA E SÃO PAULO

O autor demonstrou que ficava à disposição do tomador de serviço (tese de f. 1986, 10º v).

O exemplo indicado por ele em seu recurso (f.1986) aponta que ele saiu de Pouso Alegre no dia 10.06.2009 às 14h com destino a São Paulo e retornou às 21h10. Pelo cartão de ponto anexo aos autos (f. 1375) percebe-se que ele iniciou suas atividades nesse dia às 7h58.

Diante disso, dou provimento ao apelo para deferir ao autor as horas à disposição da empresa nas viagens realizadas pelo autor a Belo Horizonte, Varginha e São Paulo, que serão apuradas de acordo com os cartões de ponto anexos aos autos e os relatórios de viagens (f.249 e seguintes), mantidos os demais parâmetros da sentença.

SOBREAVISO E HORAS EXTRAS – VISTORIA

No mesmo sentido do entendimento da origem, não há provas do direito do autor. Os relatórios por ele indicados não confirmam seu direito ao pagamento de horas extras durante as vistorias (f. 1987). Ao constar em tais relatórios que houve acesso pelo usuário, indicando o operador (por exemplo, no dia 21.05.2011, em que o operador foi Josué) consta que usuário “9” – fora da agenda). Não ficou claro o bastante o significado destes termos.

Não fosse isso, não houve sequer prova oral a respeito (v. depoimentos, f. 1945/1946).

Nego provimento.

ADICIONAL CONVENCIONAL - ACÚMULO DE FUNÇÕES – USO DE TELEFONE CELULAR

Sob o argumento de que “acumulava as funções de motorista e vistoria do imóvel” (f. 1988), pretende o reclamante o pagamento do adicional por acúmulo de funções e pelo uso do celular.

O deslinde do feito não autoriza o deferimento do pedido.

Além disso, o desempenho eventual destas funções não caracteriza, por si só, acúmulo de função, pois a oferta de trabalho, em casos como o dos autos, dá-se para o desenvolvimento de uma atividade principal e de apoio às demais



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

00060-2012-129-03-00-8-RO

desenvolvidas no empreendimento, sem se cogitar de acúmulo. O salário contratado remunera o conjunto de atividades desenvolvidas pelo empregado, nos moldes do parágrafo único do art. 456 da CLT.

Também não se demonstrou que o autor ficava à disposição dos reclamados por meio do telefone celular, o que também afasta o pagamento do adicional convencional.

Nego provimento.

SÚMULA DO VOTO

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS, o Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, pela sua Nona Turma, à unanimidade, conheceu dos recursos; no mérito, por maioria de votos, deu parcial provimento aos apelos das reclamadas para excluir da condenação a indenização por danos morais, vencida parcialmente a Exma. Desembargadora Revisora quanto à integração de diárias de viagem; sem divergência, deu parcial provimento ao apelo do autor para condenar os reclamados, o 2º, Estado de Minas Gerais, de forma subsidiária, ao pagamento das horas à disposição da empresa nas viagens realizadas pelo autor a Belo Horizonte, Varginha e São Paulo, que serão apuradas de acordo com os cartões de ponto anexos aos autos e os relatórios de viagens (f.249 e seguintes), mantidos os demais parâmetros da sentença. Mantido o valor da condenação, por ainda compatível.

Belo Horizonte, 10 de dezembro de 2013.

Assinatura digital

Jessé Claudio Franco de Alencar
Juiz Convocado Relator

JCFA/5/rev