

ACÓRDÃO

1ª TURMA - 1ª CÂMARA

RECURSO ORDINÁRIO

PROCESSO TRT/15ª REGIÃO Nº 0010543-43.2014.5.15.0062

ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE LINS

1º RECORRENTE: [REDAÇÃO]

2ª RECORRENTE: [REDAÇÃO]

JUÍZA SENTENCIANTE: ELEN ZORAIDE MÓDOLO JUCÁ

MOTORISTA CARRETEIRO. TEMPO DE ESPERA. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. VALIDADE DO ADICIONAL DE 30%.

O pagamento referente ao tempo de espera do motorista profissional detém nítida natureza salarial, como remuneração contraprestativa ao período em que o empregado fica aguardando para carregar/descarregar o veículo, ou submeter-se à fiscalização da mercadoria transportada. Entretanto, por se tratar de tempo peculiar de serviço à disposição, é válida a estipulação do adicional de 30%, em conformidade com o critério da especificidade adotado também para outras categorias profissionais como o sobreaviso/prontidão para os ferroviários (artigo 244 da CLT), sobreaviso do aeronauta (Lei 7.138/84) e sobreaviso dos que atuam no transporte de petróleo por meio de dutos (Lei 5.811/72). Interpretação sistemática da parte final do *caput* do artigo 4º da CLT com a redação conferida pela Lei 12.619/2012 ao artigo 235-C da CLT.

Inconformadas com a r. sentença (Id cfda639), que julgou **parcialmente procedentes** os pedidos, recorrem as **partes**.

O **reclamante** (Id c6bebf1) alega fazer jus a mais uma hora de intervalo intrajornada, totalizando duas horas diárias, com adicional de 50%, uma vez que a Origem já reconheceu a supressão parcial do tempo destinado ao almoço e ao jantar, considerando a jornada de 18h00 diárias. Pretende a majoração da condenação, com o pagamento da hora extra mais adicional em relação ao salário variável. Aduz que o prêmio produtividade integra a remuneração e, portanto, não poderia ser reduzido, razão pela qual requer a condenação ao pagamento de diferenças. Impugna os horários lançados nos cartões de ponto relativos ao período posterior a 20/12/2013, requerendo o reconhecimento da jornada fixada pela sentença para o período anterior.

Contrarrazões (Id 865ace3).

A **reclamada** (Id 1e08bb1) sustenta que a partir de “meados de 2013” implementou o controle de jornada em cumprimento ao disposto na Lei 12.619/2012, sendo que, anteriormente, não havia qualquer fiscalização dos horários de trabalho, de sorte que as horas extras eram quitadas em conformidade com o disposto em norma coletiva. Insurge-se contra a aplicação da Súmula 338 do C. TST. Alega que a jornada fixada extrapola os limites da razoabilidade e não considera as alegações do próprio autor, que reconheceu a jornada máxima de 12h00 nas viagens mais longas. Pugna pela exclusão da condenação ao pagamento de horas extras e, sucessivamente, pela fixação da jornada de trabalho das 07h00 às 19h00, com 01h00 de intervalo intrajornada. Caso mantida a jornada, requer o reconhecimento de fruição de 01h00 de intervalo intrajornada no período diurno e outra hora integral no período noturno, além do intervalo de 11h00 entre as jornadas e 04 folgas mensais, no mínimo. Aduz a impossibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei 6.129/2012. Pretende a aplicação da Súmula 340 do C. TST, inclusive quanto ao divisor de horas extras.

Contrarrazões (Id dba0825).

Em cumprimento ao Regimento Interno deste TRT, não houve a remessa dos autos à Procuradoria do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

1. Conhecimento

Presentes os pressupostos de admissibilidade, decido **conhecer** os recursos.

2. Das matérias comuns aos recursos. Dos cartões de ponto. Da jornada de trabalho. Das horas extras. Das Súmulas 338 e 340 do C. TST.

O reclamante pretende a majoração da condenação ao pagamento de horas extras, aduzindo a invalidade dos cartões de ponto relativos ao período posterior a 20/12/2013 e postulando o reconhecimento da jornada de trabalho das 05h00 às 23h00, com 20 minutos de intervalo para almoço e jantar.

A reclamada, por seu turno, impugna a condenação ao pagamento do labor extraordinário, alegando a inexistência de controle de jornada até 20/12/2013, respaldada por norma coletiva de trabalho, o que afasta a aplicação imediata da Súmula 338 do C. TST. Aduz que não existe qualquer elemento de prova capaz de respaldar a jornada fixada pela sentença. Pugna, caso não seja excluída a condenação ao pagamento de horas extras, que a jornada seja fixada das 07h00 às 19h00, com 01h00 de intervalo intrajornada, alegando, ainda, que os intervalos entre as jornadas foram sempre respeitados, inclusive com a concessão de 04 folgas mensais. Em relação ao tempo de espera insurge-se contra a inconstitucionalidade da lei 6.129/2012. Por fim, requer a aplicação da Súmula 340 do C. TST também em relação ao divisor.

Pois bem.

No que tange à jornada, a sentença fixou o tempo de trabalho do reclamante no período de 07/10/2009 a 19/12/2013 de sábado a quinta-feira, das 05h00 às 23h00, com 20 minutos de intervalo para almoço e outros 20 minutos para o jantar, com folga às sextas-feiras. A partir de 20/12/2013 reconheceu a validade dos cartões de ponto.

Em audiência, o reclamante declarou que *“dirigia caminhão boiadeiro; o depoente carregava bois gordos nas fazendas em Mato Grosso do Sul, Goiás, Minas Gerais e Paraná para trazer para a unidade de Lins e boi magro do Rio Grande do Sul para trazer ao confinamento em Guaiçara... distância média das cidades acima elencadas é de 500 a 600 km da cidade de Lins; o depoente, geralmente, viajava em um dia, carregava na manhã seguinte e retornava a Lins; o tempo de carregamento, em média, era de 1h30 a 3h”* (Id 1fa4589).

O preposto afirmou que *“o motorista boiadeiro, geralmente, trabalha 10 horas por dia, incluindo as horas de espera, ressaltando a depoente que a jornada dependia para onde se dirige o motorista”* (Id 1fa4589).

A testemunha [REDACTED] explicou que *“a reclamada fornecia um caderninho aos motoristas, onde eram anotados, nome da fazenda, cidade, data de embarque, horário de embarque, horário de desembarque, nome do fazendeiro e destino do gado; o caderno possuía 3 vias, uma do fazendeiro, outra para o escritório da reclamada e a outra ficava com a nota fiscal... a via que era enviada ao escritório da reclamada era utilizada para aferição da quilometragem com o objetivo de calcular o prêmio por quilometragem; o preenchimento do caderno era obrigatório, porque era por ele que o motorista recebia prêmio... havia uma minuta que era entregue ao motorista em que constavam o endereço da fazenda, a rota, a quantidade de bois que seriam carregados e a hora em que o motorista deveria chegar na fazenda”* (Id 1fa4589).

[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] também referiu que *“a reclamada fornecia dois cadernos aos motoristas, onde eram anotados, destino, dia de carregamento, km rodado; um dos cadernos possuía 3 vias, uma do fazendeiro, outra para o Frigorífico e outra ficava no caderno... o preenchimento do caderno era obrigatório... no caderno os motoristas anotavam o horário de carregamento e no curral era anotado pelo responsável pelo curral o horário da descarga”* (Id 1fa4589).

[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] confirmou que *“a reclamada fornecia uma minuta de viagem (caderno com 3 vias) aos motoristas, onde eram anotados, horário de saída, horário de chegada na fazenda, quantos bois carregavam e a quilometragem, sendo uma via do fazendeiro, outra para o Curral e outra para o*

motorista, esclarecendo o depoente que quando chegava no curral, o 'curraleiro' anotava o horário de chegada no curral... o preenchimento do caderno era obrigatório" (Id 1fa4589).

Neste contexto, considerando os depoimentos testemunhais e, notadamente o prestado pelo preposto, não há como acolher as alegações defensivas, restando inequívoco que a previsão constante da norma coletiva quanto ao pagamento de 50 horas extras fixas mensais não remunerava as horas extras efetivamente prestadas pelo autor, cujo cumprimento a ré tinha como controlar.

Em relação à jornada [REDACTED] esclareceu que *"trabalhavam de segunda a sexta-feira, das 5h às 23h, esclarecendo que saíam sábado a tarde, por volta das 13h ou 14h para pernoitar na fazenda, para carregar no domingo, para trazer o boi para o abate na segunda-feira... viajava com o reclamante e pode afirmar que ambos usufruíam de 20 minutos de intervalo para refeição... normalmente rodavam por mês 15 mil km... em média, rodavam 400/500/600 km por dia... o tempo de carregamento variava entre 40 minutos e 3h, esclarecendo o depoente que quase nunca carregava sozinho e após carregar o seu caminhão, ajudava nos outros carregamentos; o peão da fazenda ajuda no carregamento até a porteira do caminhão e a partir daí a responsabilidade é do motorista; não é possível fazer o horário para refeição enquanto é feito o carregamento, porque os bois não são enviados todos de uma vez e o motorista precisa ficar arrumando cada compartimento e na carreta há seis porteiras" (Id 1fa4589).*

[REDACTED] declarou que *"trabalhavam de sábado a quinta-feira, das 5h às 23h; o depoente viajava com o reclamante e pode afirmar que ambos usufruíam de 20 minutos de intervalo para refeição... normalmente rodavam por mês 14500 a 15 mil km e de 800 a 1000 km por dia... o tempo de carregamento era variado porque se chegassem na fazenda e já carregassem demoraria 40 minutos, mas se houvesse outros caminhões, o tempo de carregamento seria maior... acontecia de terem que aguardar o peão separar o gado para carregar o caminhão; quando isso acontecia, poderia demorar de 2 a 3 horas, o que, em média, ocorria uma vez por semana" (Id 1fa4589).*

██████████ afirmou que *“trabalhavam de sábado a quinta-feira, das 5h às 23h; o depoente viajava com o reclamante e pode afirmar que ambos usufruíam de 20 minutos de intervalo para refeição... normalmente rodavam por mês 15 mil km e 800 km por dia... o tempo de carregamento, em média, era de 1h a 2h; acontecia de terem que aguardar o peão separar o gado para carregar o caminhão ou fazer a nota; muitas vezes chegavam às 7h e saíam da fazenda ao meio dia/13h”* (Id 1fa4589).

██████████ ██████████ testemunha trazida a Juízo pela reclamada, referiu que *“na época do reclamante, a distância percorrida para carregamento de bois para Lins era de cerca de 400km; aconteceu do reclamante ir para outros estados buscar boi, como por exemplo Rio Grande do Sul, Goiás e Minas Gerais; o gado trazido do Rio Grande do Sul era para confinamento e de Goiás, Minas Gerais e Mato Grosso do Sul, para abate; na época era comum o reclamante ir carregar no Rio Grande do Sul, acreditando o depoente que fizessem de 3 a 4 viagens por mês para lá; a viagem de ida e volta para o Rio Grande do Sul, demorava em média, 7 dias; na época do reclamante, acontecia do motorista ficar aguardando o gado na fazenda, como por exemplo, poderia estar marcado para carregar às 8h e o carregamento ocorrer às 10h ou 11h... o carregamento é realizado de domingo a quinta e os motoristas folgavam na sexta-feira; o depoente acredita que naquela época os motoristas trabalhassem das 8h às 20h”* (Id 1fa4589).

Considerando o princípio da primazia da realidade, a prova oral produzida e os limites da lide, merece parcial reforma a sentença para fixar a jornada de trabalho do reclamante no período de 07/10/2009 a 19/12/2013 das 08h00 às 20h00, sendo 2h00 de espera (carga e descarga), com intervalo intrajornada de 20 minutos para almoço e 20 minutos para o jantar e 01 folga semanal.

No que tange ao período de 20/12/2013 até a rescisão em 02/06/2014, os cartões de ponto revelam a anotação de jornada de trabalho variável, com concessão de pausas para alimentação e descanso, tempo de espera, folgas e outras intercorrências discriminadas em conformidade com a legenda contida na parte inferior do documento, inclusive a prestação de horas extras (Id 1bd804b). Apesar de alegar, o reclamante não logrou demonstrar a irregularidade na marcação de ponto.

Assim, não comprovada a alegada invalidade dos controles de jornada, ônus processual que competia ao autor por se tratar de fato constitutivo do direito alegado (art. 818 da CLT e 373, I do CPC/2015), não há como acolher a pretensão recursal neste aspecto.

Deste modo, diversamente do aduzido pela reclamada, como não houve acolhimento integral da jornada declinada na prefacial, tendo sido fixados os horários de trabalho em conformidade com a prova dos autos, inexistente a alegada afronta à diretriz estabelecida pela Súmula 338 do C. TST.

A ficha financeira comprova o pagamento de horas extras com adicional de 50% e horas relativas ao tempo de espera com adicional de 30%, em conformidade com os horários anotados (Id 53bf65e).

Consigne-se que, embora tenha se referido à “*inconstitucionalidade da lei 6.129/2012*” na verdade a reclamada manifestou seu inconformismo em face da decisão exarada pela Origem em relação à Lei 12.619/2012, notadamente quanto ao tempo de espera.

Em relação à natureza jurídica desta remuneração a sentença deve ser mantida, eis que o pagamento detém nítida natureza contraprestativa, pois visa remunerar o período em que o motorista fica aguardando para carregar/descarregar o veículo, ou submeter-se à fiscalização da mercadoria transportada.

Todavia, em relação ao adicional, em que a sentença afastou os 30% estabelecidos e determinou a adoção do mesmo percentual utilizado para a remuneração de horas extras, a recorrente tem parcial razão.

Com efeito, é preciso consignar que o tempo de espera, quando regularmente comprovado, configura período peculiar – como o sobreaviso (cujas horas são remuneradas à razão de 1/3 do salário-hora normal) e a prontidão (contadas à razão de 2/3 do salário-hora normal) do ferroviário (artigo 244 da CLT, §§ 2º e 3º) situação também reconhecida ao sobreaviso do aeronauta (12 horas – artigos 25 e 26 da Lei n. 7.183/1984 – 1/3 dos valores de hora de vôo) e sobreaviso dos que atuam no transporte de petróleo por meio de dutos (artigos 5º e 6º da Lei 5.811/72 – salário mais adicional de 20%) – referente ao período em que o empregado está à disposição do empregador, de

modo que nada impede que este critério de especificidade também seja observado quanto à remuneração do tempo de espera do motorista profissional, no que se refere ao pagamento do salário-hora + 30%, estando em consonância com a locução final do *caput* do artigo 4º da CLT, ao excepcionar “*disposição especial expressamente consignada*”.

Tal ocorre porque a lei traçou clara distinção entre: a) o período dedicado ao trabalho efetivo – remunerando como extraordinárias as horas que extrapolarem o limite legal de 8 horas; b) o período de serviço efetivo – em que o empregado permanece em disponibilidade em benefício do empregador – prontidão, sobreaviso e, agora, tempo de espera.

Portanto, em relação ao adicional de 30%, não há que se falar em inconstitucionalidade, haja vista que sua finalidade difere daquela a que se propõe o artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal.

Em relação à parcela variável da remuneração, a reclamada pretende a aplicação da Súmula 340 do C. TST em relação ao divisor.

Entretanto, não tem razão, pois o prêmio por quilômetro rodado não detém natureza de comissão mas sim de gratificação ajustada, de sorte que não há que se falar em aplicação da Súmula 340 do C. TST, que disciplina situação jurídica diversa.

Portanto, decido **negar provimento** ao recurso do reclamante e **dar parcial provimento** ao recurso da reclamada para: **1)** fixar a jornada de trabalho do reclamante no período de 07/10/2009 a 19/12/2013 das 08h00 às 20h00, sendo 2h00 de espera (carga e descarga), com intervalo intrajornada de 20 minutos para almoço e 20 minutos para o jantar e 01 folga semanal; **2)** excluir da condenação referente ao tempo de espera a determinação para utilização do mesmo adicional de horas extras, reconhecendo a validade do adicional de 30% estabelecido pela Lei 12.619/2012, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

3. Demais matérias do recurso do reclamante

3.1 Do intervalo intrajornada.

Conforme expendido no item 2 desta fundamentação, no período de 07/10/2009 a 19/12/2013 o reclamante cumpriu jornada com duração de 12h00, usufruindo intervalo intrajornada de 20 minutos para almoço e 20 minutos para o jantar.

Assim, como a sentença já deferiu o pagamento de 01h00 pela supressão da pausa intervalar, acrescida de adicional e reflexos, não há respaldo legal para acolher a pretensão quanto ao deferimento de mais uma hora a tal título.

Em relação ao período de 20/12/2013 até a rescisão em 02/06/2014, escoreita a sentença que determinou a observância da jornada de trabalho anotada nos cartões de ponto, que registram a fruição de 01h00 a título de pausa para alimentação e descanso.

Destarte, nada há para ser reformado, pelo que decido **negar provimento**, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

3.2 Do prêmio produtividade (prêmio por quilômetro rodado). Da redução salarial. Das horas extras sobre a remuneração variável. Da OJ 235 da SDI-I do C. TST.

O reclamante alega que o artigo 235-G da Consolidação das Leis do Trabalho veda o pagamento de prêmio produtividade (prêmio por quilômetro rodado), razão pela qual não há como limitar a condenação ao pagamento apenas do adicional de horas extras sobre a referida parcela.

Sustenta, ainda, fazer jus às diferenças salariais decorrentes da redução indevida do valor pago a título de prêmio por quilômetro rodado (prêmio produtividade).

Pois bem.

O artigo 235-G da Consolidação das Leis do Trabalho, com redação vigente à época do contrato de trabalho do reclamante, dispunha, *in verbis*:

É proibida a remuneração do motorista em função da distância percorrida, do tempo de viagem e/ou da natureza e quantidade de produtos transportados, inclusive mediante oferta de comissão ou qualquer outro tipo de vantagem, se essa remuneração ou comissionamento comprometer a segurança rodoviária ou da coletividade ou possibilitar violação das normas da presente legislação. (g.n.)

Depreende-se do dispositivo citado que a vedação não é absoluta, mas apenas em caso de se verificar que a concessão de prêmio compromete a segurança rodoviária ou da coletividade.

A testemunha [REDACTED] declarou que “se atingissem as metas, o prêmio pago por quilometragem era de R\$,016 e conforme a meta poderiam receber R\$0,15/R\$0,14/R\$0,13... quem não cumprisse a meta, tinha seu nome anotado em vermelho e por conta disso, sempre havia brincadeiras por parte de outros motoristas, que falavam: ‘roda presa’, ‘mão dura” (Id 1fa4589).

[REDACTED] afirmou que “recebiam prêmio por quilometragem, no valor de R\$,016 centavos por km rodado... a reclamada fazia um quadro em que constavam os motoristas que atingiam a meta de quilometragem e os que não atingiam tal meta, afixando o quadro no curral; não havia destaque do nome do motorista que não cumprisse a meta... na ordem de carregamento havia um horário fixado para que fosse feito o carregamento na fazenda e se não chegasse no horário previsto na fazenda o fazendeiro e a reclamada ficavam bravos, mas não havia punição” (Id 1fa4589, g.n.).

[REDACTED] explicou que “recebiam prêmio por quilometragem, no valor de R\$,016 centavos por km rodado quando rodavam acima da média do óleo diesel, tendo que andar mais devagar para atingir a média estabelecida pela empresa... a reclamada fazia um quadro em que constavam os motoristas que atingiam a meta de quilometragem e os que não atingiam tal meta, afixando o quadro no curral ou na sala do supervisor dos motoristas; não havia destaque do nome do motorista que não cumprisse a meta, mas os motoristas comentavam entre si... a ordem de carregamento havia um horário fixado para que fosse feito o carregamento na fazenda, qual seja 7h e se não chegasse no horário previsto na fazenda não havia punição... o prêmio por quilometragem era pago no holerite” (Id 1fa4589, g.n.).

██████████ declarou que “o motorista não sofreria punição se chegasse atrasado na fazenda... aquela época os motoristas recebiam prêmio por quilometragem, mas o depoente não se recorda do valor pago por quilômetro rodado; o depoente não se recorda se houve diminuição do valor pago a título de prêmio por quilometragem” (Id 1fa4589, g.n.).

A prova oral demonstrou que o prêmio por quilômetro rodado era pago como contraprestação pela atuação do reclamante, tendo a própria reclamada admitido que era pago a todos os motoristas que fizessem viagens, assim atraindo a aplicação do disposto no art. 457, § 1º, da CLT, por restar caracterizada a gratificação ajustada, sendo insuficiente para elidir tal conclusão a alegação patronal de que o pagamento era realizado a título de incentivo, ante a forma como foi instituído e pago.

Neste sentido já decidiu esta Câmara em acórdão de minha relatoria referente ao processo 0003084-92.2011.5.15.0062.

Ademais, referido prêmio, da forma como instituído e pago pela reclamada, não configura violação ao disposto do artigo 235-G da Consolidação das Leis do Trabalho, como pretende fazer crer o reclamante, de sorte que plenamente aplicável a diretriz fixada pela OJ 235 da SDI-I do C. TST, quanto à limitação ao pagamento apenas do adicional sobre a parte variável do salário.

Em relação à redução de valores é preciso consignar ter o reclamante aduzido, na inicial, que o valor do quilômetro rodado era de R\$0,12 a 0,18, quando era pago extra-folha, sofrendo redução para R\$ 0,07 a 0,18 centavos quando passou a ser discriminado nos holerites (Id 2425081).

Entretanto, a prova testemunhal não corroborou a tese prefacial, na medida em que nada referiu acerca da alteração de valores no curso do contrato de trabalho, tendo afirmado que o valor do quilômetro rodado era de R\$,016 (Id 1fa4589).

Destarte, como o reclamante não se desincumbiu do ônus de comprovar os fatos constitutivos do direito postulado (artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 373, I, do Código de Processo Civil de 2015), não há respaldo fático nem jurídico para amparar a reforma pretendida,

pelo que decido **negar provimento**, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

ISTO POSTO decido **conhecer, negar provimento** ao recurso do **reclamante** e **dar provimento parcial** ao recurso da **reclamada** para: **1)** fixar a jornada de trabalho do reclamante no período de 07/10/2009 a 19/12/2013 das 08h00 às 20h00, sendo 2h00 de espera (carga e descarga), com intervalo intrajornada de 20 minutos para almoço e 20 minutos para o jantar e 01 folga semanal; **2)** excluir da condenação referente ao tempo de espera a determinação para utilização do mesmo adicional de horas extras, reconhecendo a validade do adicional de 30% estabelecido pela Lei 12.619/2012, tudo nos termos da fundamentação.

Rearbitro o valor da condenação em R\$80.000,00 e custas no importe de R\$1.600,00 pela reclamada.

TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI
Desembargadora do Trabalho
Relatora