

A C Ó R D Ã O

(5ª Turma)

BP/gl/

DEMISSÃO. JUSTA CAUSA NÃO CONFIGURADA. Tendo o Tribunal Regional concluído que não foram provados os fatos que justificassem a justa causa, não há como se divisar a violação indicada à alínea "j" do art. 482 da CLT ("ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem").

HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. O Tribunal Regional, com amparo na prova documental e testemunhal, consignou que, apesar de o reclamante exercer atividade externa, a reclamada tinha controle de sua jornada de trabalho, afastando-se, desse modo, a incidência do art. 62, inc. I, da CLT. Assim, qualquer decisão contrária depende do reexame do quadro fático descrito na decisão recorrida, procedimento defeso nesta fase recursal, nos termos da Súmula 126 desta Corte. Nessa linha, também está incólume o art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República, pois a realidade fática que se evidenciou nos autos prevaleceu sobre o disposto na norma coletiva, o que encontra amparo no princípio da primazia da realidade.

PARCELA "HORAS EXTRAS ACT". NATUREZA. CÁLCULO. Segundo o Tribunal Regional, a parcela "Hora Extra ACT" não correspondia ao pagamento pelas horas de trabalho em sobrejornada, mas de retribuição pela produtividade. Logo, não procede o argumento de que o benefício foi instituído em norma coletiva para compensar eventuais horas extras.

REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS NO DESCANSO SEMANAL REMUNERADO. REPERCUSSÃO NAS DEMAIS VERBAS. CONTRARIEDADE À ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 394 DA SDI-1 DO TST DEMONSTRADA. "A majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de *bis in idem*." (Orientação Jurisprudencial 394 da SDI-1 desta Corte).

DEVOLUÇÃO DE DESCONTOS. Não se constata ofensa direta e literal ao art. 462 da CLT, visto que a decisão proferida pelo Tribunal Regional está em consonância com preceito de lei, ao proibir descontos não autorizados do salário do empregado.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. No caso, o Tribunal Regional consignou que há provas de prática de atos abusivos por parte da reclamada que ensejavam sofrimento e abalo moral a seus empregados e que não se trata de conduta preconceituosa o comparecimento de *drag quenn* na reunião matinal, "principalmente porque também deve haver respeito à opção sexual dos empregados e

porque a obrigatoriedade do contato, inclusive físico, desborda do conceito de tolerância" (fls.808). Essa decisão não viola os arts. 5º, inc. X, da Constituição da República, 186 e 944 do Código Civil. **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.** Há notícia nos autos da desistência do reclamante quanto ao pagamento dos honorários advocatícios.

Recurso de Revista de que se conhece em parte e a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-604-76.2010.5.04.0291, em que é Recorrente LUFT LOGÍSTICA, ARMAZENAGEM E TRANSPORTE LTDA. e Recorridos CLAITON DE LIMA BANDEIRA e COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV.

Irresignada, a reclamada interpõe Recurso de Revista, buscando reformar a decisão proferida pelo Tribunal Regional no tocante aos temas "Demissão por Justa Causa - Configuração", "Jornada de Trabalho", "Horas Extras", "Devolução de Descontos", "Danos Morais" e "Honorários Advocatícios". Aponta ofensa a dispositivos de lei federal e da Constituição da República. Transcreve arestos para confronto de teses (fls.818/950).

O Recurso foi admitido mediante o despacho de fls. 978/980.

Foram oferecidas contrarrazões (fls. 990/1.000).

O Recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade do Recurso de Revista, examino os específicos.

CONHECIMENTO

1.1. DEMISSÃO. JUSTA CAUSA CONFIGURADA

O Tribunal Regional negou provimento ao Recurso Ordinário interposto pela reclamada para manter a sentença em que se afastara a demissão por justa causa.

Para tanto, consignou o seguinte:

"Por se tratar da sanção máxima a que se sujeita o empregado, a justa causa autorizadora de rompimento do contrato de emprego, sem ônus para o empregador, deve ser provada de forma cabal e inequívoca, cuja encargo compete ao patrão, consoante a norma do art. 818 da CLT, c/c o art. 333, II,

do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho (art. 769 da CLT). As ofensas físicas praticadas no serviço contra qualquer pessoa, salvo em caso de legítima defesa própria ou de outrem, contituem justa causa para a denúncia cheia do contrato de trabalho, nos termos do art. 482, 'j', da CLT. No caso dos autos, a primeira reclamada (LUFT) aplicou suspensões ao reclamante por faltas contratuais praticadas. Entretanto, não está provado nos autos que o autor tenha ofendido fisicamente colega de trabalho.

Pelo princípio da singularidade da pena, a cada falta praticada somente uma pena pode ser aplicada, de modo que os atos do reclamante que culminaram com as suspensões documentadas às fls. 126 e 127 não podem fundamentar a justa causa juntamente com a suposta agressão física ao colega, que não é comprovada em Juízo. Embora o reclamante não impugne especificamente a declaração da fl. 129, em seu depoimento pessoal, afirma que *não teve briga, apenas uma discussão na rua, fora da empresa com o colega Silvio Santos; que não agrediu a este colega, e tão pouco foi agredido por ele [...] que até hoje é amigo de Silvio, o qual ainda trabalha no local; que o depoente ainda conversa frequentemente com o Silvio, que continua sendo seu amigo* (fl. 276), o que demonstra a discordância do autor com a aludida declaração.

Além disso, o documento da fl. 129, como referido pelo Juízo *a quo* (fl. 286-v.), não foi elaborado sob compromisso, sendo desconsiderado como meio de prova. Até porque não há confirmação de que as declarações nele contidas sejam verídicas e o declarante, Silvio, sequer é ouvido nos autos como testemunha a fim de reafirmar a ocorrência dos fatos narrados. Não há, pois, prova dos fatos que alegadamente ensejaram a justa causa, impondo-se o reconhecimento de que a despedida do reclamante foi imotivada. Provimento negado" (fls. 793/795).

A reclamada sustenta que restou comprovada a justa causa, nos termos da alínea "j" do art. 482 da CLT, tendo em vista que "houve desentendimento entre o reclamante e um colega de trabalho, iniciado pelo primeiro, sinal-se, resultando em agressão física" (fls. 826). Traz arestos para confronto de teses.

Destaque-se as seguintes premissas fáticas e jurídicas constantes na decisão proferida pelo Tribunal Regional: **a)** a reclamada (LUFT) aplicou suspensões ao reclamante por faltas contratuais praticadas, sem provar que ele tenha ofendido fisicamente colega de trabalho; **b)** em vista do princípio da singularidade da pena, os atos do reclamante que culminaram com as suspensões documentadas às fls. 126 e 127 não podem fundamentar a justa causa juntamente com a suposta agressão física ao colega; **c)** o reclamante, embora não tenha impugnado especificamente a declaração de fls. 129, declarou, em depoimento pessoal, que teve apenas uma

discussão fora da empresa com o colega de trabalho, sem que o tenha agredido; **d)** o documento de fl. 129, não foi elaborado sob compromisso, e, portanto, não pode ser considerado como meio de prova e **e)** não tiveram confirmação as declarações contidas no mencionado documento de serem verídicas, e o declarante (colega de trabalho supostamente agredido) sequer foi ouvido nos autos.

E, tendo o Tribunal Regional concluído que não foram provados os fatos que justificassem a justa causa, não há como se divisar a violação indicada a alínea "j" do art. 482 da CLT ("ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem")

Ademais, a hipótese é de incidência da Súmula 126 do TST, o que afasta o dissenso de julgados.

NÃO CONHEÇO.

1.2. JORNADA DE TRABALHO. TRABALHO EXTERNO. NORMA COLETIVA

O Tribunal Regional negou provimento ao Recurso Ordinário interposto pela reclamada, consignando o seguinte:

"A decisão de origem considera inaplicável ao caso *sub judice* a exceção prevista no art. 62, I, da CLT, porque, embora o requisito formal do texto legal tenha sido cumprido, era possível o controle da jornada trabalhada

pelo reclamante, deferindo o pagamento de horas extras excedentes da 8ª diária e da 44ª semanal, com adicional de 50% e reflexos em aviso-prévio, décimos terceiros salários, férias acrescidas de um terço e FGTS com indenização compensatória de 40%.

Não se resigna a primeira reclamada (LUFT) com essa condenação, afirmando que não havia fiscalização do labor prestado fora do local de trabalho, que era impossível o controle de jornada do reclamante, pois ele laborava em atividade externa e que o fato de iniciar e findar a prestação de serviço em sua sede não leva ao raciocínio de que era possível controlar a jornada. Assevera que a norma coletiva a isenta do controle da jornada de seus empregados que trabalham em atividades externas e pede a aplicação dos arts. 7º, XXVI, e 8º, ambos da CF. Além disso, aduz que os empregados externos recebem uma vantagem (horas extras ACT), independente do número efetivo de horas trabalhadas, para compensá-los por eventuais prorrogações de jornada.

A exceção prevista no art. 62 da CLT refere-se aos empregados que prestam serviços com total autonomia quanto ao horário ou, ainda, aos que prestam serviço em condições tais que resulta impossível o controle da duração da jornada. Assim, horário de trabalho não controlado não se confunde com horário de trabalho que

não se pode controlar. Este último é que dá ensejo à incidência da exceção mencionada, conforme estabelece o inc. I do art. 62 da CLT, *verbis*:

Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

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.

.....

Assim, consoante a exceção do inc. I art. 62 da CLT, para que o empregado não esteja sujeito ao controle de jornada é necessário que exerça atividade externa incompatível com a fixação do horário. Não basta, pois, que a empregadora afirme que não era possível o controle do horário, faz-se mister que a prova produzida demonstre a impossibilidade efetiva desse controle, o que não ocorre no presente caso.

A primeira reclamada (LUFT), à fl. 310, ressalta *que os veículos são*

carregados e roteirizados de forma compatível com a jornada legal. Ou seja, o volume de caixas e as distâncias a serem percorridas entre um ponto de entrega e outro, são passíveis de serem executados dentro da jornada normal, inclusive com gozo de todos os intervalos legais [...].

Diante dessa afirmação, conclui-se que era possível haver controle de jornada de trabalho dos empregados. Logo, comunga-se do entendimento da Magistrada *a quo* quando assevera que:

A tese da defesa de ausência de controle de horário não se sustenta em face do conjunto probatório. O reclamante iniciava e terminava sua jornada na sede da empresa, conforme depoimento do preposto da reclamada prestado no processo 00620-2007-024-04-00-1 (fl. 18). A testemunha Alex, ouvido no processo 00622-2007-004-04-00-6 (fl. 17), afirma que não era possível iniciar a rota em outro local, sendo obrigatório o comparecimento na sede da empregadora ao início da jornada, bem como ao final, para a realização do acerto físico e financeiro, o que demonstra que a reclamada tinha perfeitas condições de controlar a jornada de trabalho de seus empregados. A obrigatoriedade de comparecimento na empresa no início da jornada, bem como após as entregas, também é confirmada pelas testemunhas Roberto da Silva e Elton José, ouvidas no processo 00620-2007-024-04-00-1 (fls. 18/19).

A existência das anotações previstas no artigo 62, I, da CLT e de previsão, nas normas coletivas e no contrato de trabalho, quanto à atividade externa e ao não controle de jornada não excluem o direito à limitação de jornada e ao pagamento de horas extras, bem observados os princípios que regem o Direito do Trabalho e a própria norma do artigo 7º, XIII, da Constituição, o que não afronta o seu artigo 7º, XXVI. Tais fatos fazem presumir a impossibilidade desse controle, mas essa presunção é relativa.

Se o empregado fizer prova em contrário, terá direito ao pagamento das horas extras. Na hipótese dos autos considera-se que o controle da jornada chega a ser direto, pois a empregadora tem todas as condições de saber o horário de início e término da jornada. E nem se cogite de que nesse interregno o trabalhador esteja livre para dispor do tempo, pois tem um número certo e pré-determinado de entregas a serem feitas, o que é controlado pela reclamada, conforme se depreende dos próprios termos da defesa e do depoimento das testemunhas. A jornada era, portanto, mensurável. (fl. 287-v.)

Além disso, a primeira reclamada (LUFT), em depoimento prestado à fl. 276-v., confessa a existência de controle de jornada ao declarar que:

o reclamante atendia em média de 30 clientes por dia, podendo ser um pouco mais ou menos; que geralmente nas segundas e sábados sai um número bem menor; que o horário dos caminhões era a saída às 07h30min, com horário de retorno previsto às 17h30min; que podia ocorrer de voltar um pouco mais tarde, ocorrendo isto especialmente no fechamento de quinzena, saindo por volta das 20 horas

Dessa maneira, sendo obrigatória a presença do empregado na sede da

empresa empregadora no início e no final da jornada, é facilmente controlável seu horário de trabalho, sobretudo pela quantidade de tarefas passadas para cumprimento ao longo do dia. Acrescenta, ainda, a primeira reclamada (LUFT) que há Convenção Coletiva de Trabalho dispensando-a do controle de jornada de seus empregados que exercem atividade externa, nos termos do art. 62 da CLT. Todavia, embora a cláusula décima quinta das normas coletivas (fls. 156 e 187) de fato permita que os empregados externos trabalhem sem controle de jornada, o faz nos moldes do art. 62 consolidado, portanto, não altera a conclusão a que se chega pelos argumentos acima expendidos.

Considera-se, pois, provado nos autos que o reclamante estava sujeito a

controle de jornada por parte da reclamada, não podendo ser enquadrado na exceção prevista no art. 62, I, da CLT. Outrossim, a não apresentação dos registros de horário faz presumir verdadeira a carga horária declinada na inicial, aplicando-se o item I da Súmula nº 338 do TST, em face do fato notório de que a demanda possui mais de 10 empregados. Tendo em vista que a presunção é apenas relativa, a jornada de trabalho do reclamante deve ser fixada de acordo com o conjunto probatório dos autos, que se passa a analisar.

O reclamante, em depoimento pessoal, diz que seu horário *era das 06h30min, tomando café e estando na reunião matinal às 07h15min; que chegava neste horário por causa do café, não sendo contudo obrigado a tomar café na empresa; que era obrigado a estar na reunião matinal; que após saía para a rota; que retornava da rota às 19 ou 20 horas; que fazia intervalo de 15 minutos (fl. 276)*. Já a reclamada depõe que *o horário dos caminhões era a saída às 07h30min, com horário de retorno previsto às 17h30min; que podia ocorrer de voltar um pouco mais tarde, ocorrendo isso especialmente no fechamento da quinzena, saindo por volta das 20horas (fl. 276-v.)*. Além disso, os testemunhos colhidos nos autos dos processos 622/07 e 620/07, os quais instruem a petição inicial (fls. 17-19) e são utilizados como prova emprestada

neste processo, por convenção das partes, demonstram que havia prestação de trabalho em sobrejornada" (fls. 795/800) .

A reclamada sustenta que o fato de o reclamante comparecer a sua sede no início e término da jornada não significa que

a sua jornada de trabalho era controlada. Afirma que há norma coletiva isentando-a do controle da jornada dos empregados que trabalhem em atividades externas. Aponta violação aos arts. 7º, inc. XXVI, e 8º da Constituição da República, 62, inc. I, 513 e 619 da CLT e 114 do Código Civil. Traz arestos para confronto de teses.

O Tribunal Regional, com amparo na prova documental e testemunhal, consignou que, apesar de o reclamante exercer atividade externa, a reclamada tinha controle de sua jornada de trabalho, afastando-se, assim, a incidência do art. 62, inc. I, da CLT. Logo, qualquer decisão contrária depende do reexame do quadro fático descrito na decisão recorrida, procedimento defeso nesta fase recursal, nos termos da Súmula 126 desta Corte.

Nessa linha, a realidade fática que se evidenciou nos autos prevaleceu sobre o disposto na norma coletiva, o que encontra amparo no princípio da primazia da realidade. Não se divisa, portanto, violação aos arts. 7º, inc. XXVI, e 8º da Constituição da República, 62, inc. I, 513 e 619 da CLT e 114 do Código Civil.

Nesse sentido, eis alguns precedentes:

"HORAS EXTRAS. TRABALHADOR EXTERNO. NORMA COLETIVA. EFETIVO CONTROLE DE JORNADA.

Esta Corte vem, reiteradamente, entendendo que, mesmo diante da existência de norma coletiva estabelecendo a impossibilidade de controle de jornada, havendo, na prática, o efetivo controle da jornada do empregado, fica afastada a incidência do artigo 62, inciso I, da CLT, fazendo jus o empregado às horas extras. No caso, o Regional concluiu que houve efetivo controle da jornada de trabalho do reclamante e extrapolação dos limites fixados em lei para a jornada de trabalho. Portanto, não se cogita de ofensa aos artigos 62, inciso I, da CLT e 7º, incisos VI, XIII, XIV e XXVI, e 8º, inciso VI, da Constituição Federal, em face da decisão em que se reconheceu o direito do trabalhador ao recebimento das horas extras efetivamente prestadas. Recurso de revista não conhecido" (RR - 388-03.2010.5.04.0005, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 6/9/2012) .

"RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. TRABALHADOR EXTERNO. COMPARECIMENTO NA EMPRESA NO INÍCIO E NO TÉRMINO DA JORNADA. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE HORÁRIO.

NORMA COLETIVA. A duração da jornada de trabalho equivale ao tempo em que o empregado esteve à disposição do empregador. Não se confunde o controle de jornada de trabalho do empregado com a possibilidade de visualizar o desenvolvimento da sua produção. Se externa a atividade desenvolvida, mas possível aferir a que horas o trabalhador inicia e termina sua jornada, mostra-se clara a possibilidade de controle do tempo que o empregado está à disposição da empresa, o que exclui a aplicação da regra disposta no artigo 62, I, da CLT. Precedentes. Ademais, a mera existência de disposição coletiva prevendo o enquadramento do empregado na exceção de que trata o artigo 62, I, da CLT, não tem o condão de retirar-lhe o direito às eventuais horas extraordinárias ainda não remuneradas, quando o que se constata no caso concreto é a efetiva possibilidade de controle da jornada de trabalho do empregado. Precedentes nos quais figurou como parte a ora recorrente. Recurso de revista não conhecido" (RR - 62100-56.2009.5.04.0028, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2ª Turma, DEJT 3/8/2012).

"RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. O Tribunal Regional consignou que havia previsão na norma coletiva da desnecessidade de controle da jornada dos trabalhadores. Contudo, o direito do trabalho é regido pela realidade, no caso, com amparo na prova dos autos, ficou registrado pela Corte -a quo- que os motoristas que laboravam na distribuição de bebidas, ou seja, em atividade externa, sofriam controle da sua jornada de trabalho, uma vez que diariamente tinham que comparecer à sede da empresa, tanto no início, quanto no final da jornada, com a obrigação de apresentar e gerar relatórios diários do comparecimento aos pontos de venda, de prestar contas, dentre outros. Assim, o reclamante tem direito às horas extras pleiteadas. Ademais, para se decidir em sentido contrário, seria necessário analisar a prova dos autos, o que não é permitido pela Súmula nº 126 do TST" (RR - 71500-51.2009.5.04.0010, Rel. Min. Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, DEJT 15/6/2012).

"RECURSO DE REVISTA - HORAS EXTRAORDINÁRIAS - ACORDO COLETIVO DE TRABALHO - TRABALHO EXTERNO INCOMPATÍVEL COM A FIXAÇÃO DE HORÁRIO DE TRABALHO. A Corte a quo, soberana na análise do conjunto fático-probatório, concluiu pela possibilidade de controle de jornada do reclamante, quando o item I do art. 62 da CLT trata de trabalho externo incompatível com a fixação de horário de trabalho. Anote-se que não é a ausência de controle de jornada que caracteriza a exceção do art. 62, I, da CLT, mas a impossibilidade de controle de horário, hipótese que não ocorreu nos presentes autos. Assim sendo, os instrumentos normativos não têm o alcance pretendido pela reclamada. Ileso o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido" (RR-62200-54.2007.5.04.0004, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, DEJT 3/6/2011).

"HORAS EXTRAS. SERVIÇO EXTERNO. O Regional, última instância apta a examinar o contexto fático existente nos autos, a teor da Súmula 126 do TST, concluiu pelo efetivo controle de jornada do reclamante, o que afasta a aplicação da exceção prevista no art. 62, I, da CLT. Assim, não há falar em violação do referido dispositivo legal. O art. 7º, XXVI, da CF também está incólume, pois a realidade fática que se evidenciou nos autos prevaleceu sobre o disposto na norma

coletiva, o que encontra amparo no princípio da primazia da realidade. Arestos inservíveis ao confronto, nos termos da Súmula nº 23 do TST, pois não consignam simultaneamente todas as particularidades fáticas que embasaram a decisão do Regional" (TST-AIRR-80440-17.2006.5.01.0067, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 7/5/2010).

"ACORDO COLETIVO. ENQUADRAMENTO NO ART. 62, I, DA CLT. Registrado no julgado que o acordo coletivo que prevê que os empregados lotados na área de venda não têm controle de jornada, mas que no caso concreto restou comprovado tal controle, não há se falar em ofensa do art. 7º, XXVI, da CF. Recurso de revista não conhecido" (TST-RR-597/2007-032-12-00, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 21/8/2009).

"HORAS EXTRAS. ATIVIDADE EXTERNA. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. Não há que se falar em ofensa ao art. 7º, XXVI, da Carta Magna, uma vez que o Regional não negou vigência à cláusula que estabelece que a jornada do reclamante é regida pelo art. 62, I, da CLT, mas apenas a interpretou e afastou sua aplicação, após constatar que o autor não exercia atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho. Recurso de revista não conhecido" (TST-RR-347/2002-004-15-00, Rel. Min. Alberto Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 4/9/2009).

São inespecíficos os arestos colacionados, pois, além de não abordarem todos os fundamentos expendidos na decisão proferida pelo Tribunal Regional, tratam de contexto fático diverso do relatado pelo Tribunal Regional. Incidência da Súmula 296 do TST.

Por fim, no que se refere ao pedido sucessivo para que haja redução da jornada arbitrada pelo Tribunal Regional, registre-se que incide o óbice da Súmula 126 do TST. De fato, a própria reclamada pleiteia a redução com base nos depoimentos de sua testemunha. Ocorre que a jornada delimitada na decisão regional decorreu do exame dos "testemunhos colhidos nos autos dos processos 622/07 e 620/07, os quais instruem a petição inicial (fls. 17-19) e são utilizados como prova emprestada neste processo, por convenção das partes" (fls. 800).

NÃO CONHEÇO.

1.3. PARCELA "HORAS EXTRAS ACT". NATUREZA. CÁLCULO

O Tribunal Regional, quanto ao tema em destaque, consignou os seguintes fundamentos:

"O pagamento da parcela de nominada 'hora extra ACT' considera uma série de critérios elencados na norma coletiva. À luz da cláusula 13ª do

Acordo Coletivo de Trabalho (fl. 171), a atividade externa de distribuição de cervejas e refrigerantes, realizada pelos Motoristas e Ajudantes de

entrega, será mensurada através da apuração e controle de volumes de caixas entregues, do número de pontos de vendas atendidos, quilometragem prevista percorrida, dentre outras variantes, onde se avaliará a quantidade e a qualidade do trabalho desenvolvido pelo empregado. As atividades que são pontuadas e o número de pontos para cada uma delas está previsto no parágrafo 3º da referida cláusula.

Depreende-se da norma coletiva citada que a parcela chamada 'hora extra ACT' não é apurada de acordo com o número de horas extras prestadas

pelos empregados, porque não é atrelada à jornada cumprida. Trata-se de valor pago com base na produtividade, no ponto de venda, no quilômetro rodado, no cumprimento de metas, na inexistência de vale e na frequência do empregado ao trabalho.

A primeira reclamada (LUFT), ao se referir à 'hora extra ACT', afirma que *os empregados recebem a vantagem independentemente de ter laborado hora extra ou não, mas por ter despendido seu tempo em prol efetivo do trabalho, bastando, para tanto, desenvolver uma 'quantidade de trabalho'* (fl. 309). Ademais, no depoimento pessoal (fl. 276-v.), aduz que *a parcela ACT era paga em função do volume de caixas entregues.*

Em que pese a primeira reclamada (LUFT) diga não possuir a documentação requerida pelo autor na inicial, que são os relatórios de entrega, informa nas razões recursais (fl. 320) *que não há 'documento' como quer o reclamante e sim os dados que foram alimentados eletronicamente e que deram origem ao valor pago, demonstrando claramente que os dados que são computados para o pagamento da verba 'hora extra ACT' estão em seu poder. Inclusive, na fl. 52, relata que a pontuação obtida é informada periodicamente a todos os empregados.*

Logo, deveria ter juntado aos autos esses dados eletrônicos e os documentos relativos à pontuação alcançada pelo reclamante, embora tenha sido postulada a apresentação dos relatórios de entrega, a fim de comprovar os critérios de apuração da 'hora extra ACT', bem como os valores pagos ao reclamante a esse título.

Fica evidente que a primeira reclamada (LUFT) detém os dados utilizados para o cálculo da parcela em discussão, contudo, não os traz aos autos, ônus que lhe cabia, segundo a norma dos arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC (aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho - art. 769 da CLT). Diante disso, o pedido do reclamante de diferenças de 'horas extras ACT' deve ser acolhido, nos termos indicados na petição inicial, que é de R250,00 mensais.

Tendo em vista que o pagamento dessa verba não tem por finalidade a contraprestação das horas extraordinárias trabalhadas pelo reclamante, descabe o pleito da primeira reclamada (LUFT) de dedução ou compensação das 'horas extras ACT' com as horas extras deferidas na presente demanda, até porque, para se falar em compensação faz-se mister que haja um débito e um crédito em que reclamante e reclamado sejam credores e devedores reciprocamente, limitado ao valor de uma remuneração do empregado, e a dedução, por seu turno, exige que as parcelas se refiram ao mesmo título, o que não ocorre no caso *sub judice*.

Nega-se provimento ao recurso da primeira reclamada (LUFT) e dá-se provimento ao recurso do reclamante para determinar que as diferenças de 'hora extra ACT' correspondam a R\$ 250,00 mensais, com os reflexos determinados em sentença" (fls. 791/793).

A reclamada sustenta que não há prova de que o reclamante tenha trabalhado em domingos e feriados. Acresce que o Tribunal Regional não pode modificar a natureza da parcela "Hora ACT", posto que ela foi acordada em negociação coletiva. E, caso mantida a decisão, requer sejam consideradas como extras apenas as excedentes a 44^a hora semanal e que seja autorizada a dedução dos valores pagos "a título do acerto coletivo" (fls. 860). Afirma que os cálculos em torno da parcela "Hora ACT" estão corretos, não havendo diferenças a serem deferidas ao reclamante. Finaliza que "a base de cálculo deverá ser apenas o salário, pois não havia pagamento de comissões" (fls. 862), aplicando-se a Súmula 340 do TST. Aponta violação aos arts. 7º, inc. XXVI, e 8º da Constituição da República, 114 e 368 do Código Civil, 62 e 619 da CLT. Traz arestos para confronto de teses.

Segundo o Tribunal Regional, a parcela "Hora Extra ACT" não correspondia ao pagamento pelas horas de trabalho em sobrejornada, mas à retribuição pela produtividade.

Logo, não procede o argumento de que o benefício tenha sido instituído em norma coletiva para compensar eventuais horas extras. O critério para apuração da parcela "Hora Extra ACT" importa no reexame de fatos e provas. Incidência na espécie da orientação contida na Súmula 126 do TST.

Inviável o pedido para aplicação da Súmula 340 do TST, porque o Tribunal de origem não se manifestou a respeito.

Não se constata a indicada violação aos arts. 818 da CLT e 333, inc. I, do CPC, porque, segundo o Tribunal Regional, a reclamada, apesar de deter os dados utilizados para o cálculo da parcela "Hora Extra ACT", não os trouxe aos autos.

Por fim, são inespecíficos os arestos colacionados pois não abordam o fundamento de que a parcela "Hora Extra ACT" correspondia ao pagamento pela retribuição da produtividade. Incidência na espécie da Súmula 296 do TST.

NÃO CONHEÇO.

1.4. REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS NO DESCANSO SEMANAL REMUNERADO. REPERCUSSÃO NAS DEMAIS VERBAS

O Tribunal de origem, quanto ao tema em destaque, consignou o seguinte entendimento:

"Nos termos do art. 7º da Lei nº 605/1949, a remuneração do repouso semanal deve corresponder, para os que trabalham por dia, semana, quinzena ou mês, a de um dia de serviço, computadas as horas extraordinárias habitualmente prestadas. Por consequência, as diferenças oriundas da incidência das horas extras sobre os repouso semanais e os feriados aumentam a média remuneratória mensal do empregado, justificando sua repercussão nas demais rubricas calculadas sobre o salário. Não há, pois, falar em *bis in idem* no deferimento de integrações do aumento da média remuneratória decorrente dos reflexos das horas extras nos repouso semanais remunerados (inclusive sábados e feriados). Trata-se de questão matemática, e não jurídica" (fls. 800/801).

A reclamada indica contrariedade à Orientação Jurisprudencial 394 da SDI-1 do TST.

A matéria é objeto da Orientação Jurisprudencial 394 da SDI-1 desta Corte, segundo a qual:

"REPOUSO SEMANAL REMUNERADO - RSR. INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAS. NÃO REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DAS FÉRIAS, DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, DO AVISO PRÉVIO E DOS DEPÓSITOS DO FGTS. (DEJT divulgado em 09, 10 e 11.06.2010) . A majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de "bis in idem"."

CONHEÇO, por contrariedade à Orientação Jurisprudencial 394 da SDI-1 desta Corte.

1.5. DEVOLUÇÃO DE DESCONTOS

O Tribunal de origem, quanto ao tema em destaque, consignou o seguinte entendimento:

"De acordo com o art. 462 da CLT, é vedado ao empregador efetuar qualquer desconto nos salários dos empregados, salvo quando resultar de adiantamentos, dispositivo de lei ou contrato coletivo. Igualmente, consideram-se lícitos os descontos efetuados em razão de danos causados pelo trabalhador, desde que tal possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado.

De pronto, cumpre ressaltar que o 'vale' assinado pelo empregado, diferente do que é defendido pela primeira reclamada (LUFT), por si só, não prova o dolo ou a culpa do obreiro, ainda que a ele tenha sido concedido prazo para justificação. Sendo do empregador o risco da atividade econômica, forte no art. 2º da CLT, incumbe a ele a prova do dano causado, bem como da existência de dolo ou culpa de seu empregado, segundo o art. 818 da CLT, c/c o art. 333 do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho (art. 769 da CLT). Ocorre que no caso dos autos a primeira demandada (LUFT) não se desvencilha desse ônus.

Também não há prova nos autos de que o reclamante tenha autorizado descontos no seu salário relativos a danos culposos causados à empregadora. Registra-se que os documentos das fls. 259-261 não constituem autorização de descontos por parte do reclamante, a qual deve ser prévia ao dano. Logo, no caso em exame, os prejuízos advindos da falta ou avaria de mercadorias e da falta de valores decorrem dos riscos do empreendimento e devem ser suportados da primeira reclamada (LUFT). Recurso negado" (fls. 801/802).

A reclamada, nas suas razões de Recurso de Revista, afirma que "o art. 462, § 1º, da CLT, não exige a concomitância de acordo entre as partes e da verificação de dolo por parte do obreiro. A ocorrência de apenas um desses requisitos constitui pressuposto legal apto a legitimar o desconto" (fls. 902).

Verifica-se que, ao decidir, o Tribunal Regional observou o preceito contido no art. 462 da CLT, que proíbe a realização de descontos não autorizados no salário do empregado.

Ademais, aferir a veracidade da assertiva do Tribunal Regional de que não houve comprovação expressa dos descontos depende de nova avaliação dos fatos, procedimento vedado em sede de recurso de revista. Incidência na espécie da orientação contida na Súmula 126 do TST, circunstância que inviabiliza o confronto de julgados.

Logo, NÃO CONHEÇO.

1.6. DANOS MORAIS

O Tribunal de origem, quanto ao tema em destaque, consignou o seguinte entendimento:

"Como bem apontado na sentença, foi ajuizada ação civil pública contra a demanda (processo nº 01273-2007-052-04-00-4), em trâmite perante a 25ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, tendo como um dos propósitos coibir a prática dos atos narrados pelas testemunhas (fl. 292-v.), a saber, a prática de atos anticontratuais ensejadores de reparação de dano moral. Esse fato, por si só, demonstra que a primeira reclamada (LUFT) não trata seus empregados com cordialidade, expondo-os a humilhações, atribuindo-lhes apelidos pejorativos e utilizando-se de meios ilícitos para a cobrança de metas.

Além disso, o conjunto probatório dos autos dá conta da prática de atos abusivos por parte da primeira reclamada (LUFT), que ensejavam sofrimento e abalo moral a seus empregados, os quais são passíveis de ressarcimento. No que se refere ao comparecimento de *drag quenn* na reunião matinal a convite da primeira reclamada (LUFT), resta claro que a conduta da empregadora extrapolou os limites do razoável. Ademais, não se cogita afirmar, como quer a primeira reclamada (LUFT), que o constrangimento pela presença de *drag quenn* no ambiente de trabalho se trata de uma conduta preconceituosa, principalmente porque também deve haver respeito à opção sexual dos empregados e porque a obrigatoriedade do contato, inclusive físico, desborda

do conceito de tolerância. Concorde-se com o entendimento da Magistrada *a quo*, segundo a qual (fl. 294):

*os fatos - incontrovertidos, diga-se - ocorridos na reunião matinal do dia 30/04/2009, longe de divertir e homenagear, como pretende a empregadora, causam evidente constrangimento, considerando o homem médio, conforme relatado pelas testemunhas. A situação ocorrida **não é própria ao ambiente de trabalho**, ainda que possa ser considerada aceitável em outras circunstâncias sociais, das quais ninguém é obrigado a participar. E não se diga que o comparecimento no 'evento' era facultativo, pois incontrovertido que o fato ocorreu durante a reunião matinal, de presença obrigatória dos empregados.*

[...]

Conforme se verificou, os direitos de personalidade dos empregados não foram respeitados pelo empregador, que os submeteu a situação constrangedora e humilhante durante a reunião matinal em questão, causando inegável abalo moral, o qual deve ser indenizado.

Portanto, levando em consideração a gravidade dos fatos constatados (constrangimento e humilhação nas reuniões matinais, especialmente aquela envolvendo a participação de 'drag queens'), a situação econômica do agressor, bem como o caráter punitivo e pedagógico da indenização, que objetiva forçar as empresas a tomarem providências no sentido de evitar tais atitudes no ambiente de trabalho, arbitra-se a indenização em R \$20.000,00.

Portanto, confirma-se a sentença que condena as reclamadas a pagarem ao reclamante reparação de dano moral no valor de R\$ 20.000,00, em razão das praxes constrangedoras e humilhantes a que estava constantemente submetido.

Entretanto, com relação ao pedido de absolvição da condenação à reparação de dano moral em razão de assalto sofrido pelo reclamante em serviço, razão assiste à primeira reclamada (LUFT), pois, caso não acolhida a pretensão recursal, estar-se-ia transferindo à empregadora a responsabilidade constitucional do Estado de prestar segurança aos cidadãos, considerando-se que a violência urbanase tornou fato comum na atualidade. Nesse sentido, é o acórdão nº 01154- 2004-007-04-00-3 RO, da lavra do Desembargador Hugo Carlos Scheuermann, cujo excerto se reproduz abaixo, *in verbis*:

.....

Dá-se provimento ao recurso da primeira reclamada (LUFT), em parte, para excluir da condenação a reparação de dano moral referente ao assalto sofrido pelo reclamante em serviço, reduzindo-se a condenação à reparação de dano moral a R\$ 20.000,00" (fls. 807/810) .

A reclamada sustenta que o Tribunal Regional, ao condená-la ao pagamento de "indenização em razão da exposição dos empregados num quadro de pior e melhor equipe, por ter entendido comprovado o uso de apelidos por parte da reclamada, pela apresentação de Drag Queens, em comemoração ao dia do Motorista" (fls. 906), incorreu em violação aos arts. 5º,

inc. X, da Constituição da República, 186 e 944 do Código Civil. Traz arestos para confronto de teses.

O art. 5º, inc. X, da Constituição da República dispõe que: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Conforme os termos do citado preceito da Constituição da República, o dano moral adviria de uma mácula imposta por outrem à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

Outrossim, para a caracterização do dano moral é necessária a ocorrência concomitante dos quesitos ato ilícito, dano e nexos causal.

No caso, o Tribunal Regional consignou que há provas de prática de atos abusivos por parte da reclamada que ensejavam sofrimento e abalo moral a seus empregados e que não se trata de conduta preconceituosa o comparecimento de *drag queen* na reunião matinal "principalmente porque também deve haver respeito à opção sexual dos empregados e porque a obrigatoriedade do contato, inclusive físico, desborda do conceito de tolerância" (fls. 994)

Essa decisão não viola os arts. 5º, inc. X, da Constituição da República, 186 e 944 do Código Civil.

Por fim, são inespecíficos os arestos colacionados pois não partem das premissas que levaram à conclusão de que restou caracterizado o dano moral. Incidência na espécie da Súmula 296 do TST.

NÃO CONHEÇO.

1.7. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A respeito do tema em destaque, consta no despacho de admissibilidade a fls. 978 o seguinte:

"Manifesta-se o reclamante no sentido de renunciar ao direito pertinente a 'honorários assistenciais' (fl.486) .

Esta questão ensejava o seguimento do recurso de revista, conforme despacho da fl.482.

Assim, passo ao exame de admissibilidade em relação aos itens

remanescentes que a ela não estão vinculados" (fls. 978) .

Julgo, portanto, prejudicado o exame do tema.

2. MÉRITO

2.1. REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS NO DESCANSO SEMANAL REMUNERADO. REPERCUSSÃO NAS DEMAIS VERBAS

Em face do conhecimento do Recurso de Revista por contrariedade à Orientação Jurisprudencial 394 da SDI-1 desta Corte, DOU-LHE PROVIMENTO, para excluir da condenação os reflexos das diferenças do repouso semanal, decorrentes das horas extras deferidas, nas demais parcelas.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista quanto ao tema "Reflexos das Horas Extras no Descanso Semanal Remunerado - Repercussão nas Demais Verbas", por contrariedade à Orientação Jurisprudencial 394 da SDI-1 desta Corte, e, no mérito, dar-lhe provimento, para excluir da condenação os reflexos das diferenças do repouso semanal, decorrentes das horas extras deferidas, nas demais parcelas.

Brasília, 20 de fevereiro de 2013.

Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)

João Batista Brito Pereira

Ministro Relator

fls.

PROCESSO Nº TST-RR-604-76.2010.5.04.0291

Firmado por assinatura digital em 28/02/2013 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.