

PROCESSO nº 0000652-30.2020.5.09.0005 (ROT)

TRABALHO EXTERNO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA JORNADA. NÃO ENQUADRAMENTO NA EXCEÇÃO DO ART. 62, I, DA CLT. Para o enquadramento na exceção do art. 62, I, da CLT, não basta que o empregado trabalhe externamente, pois a fiscalização e controle do horário de trabalho podem ocorrer de variadas formas, inclusive por contatos telefônicos, meios eletrônicos ou informatizados, registro dos horários de trabalho em locais distintos da sede da empresa, contatos com os clientes visitados pelo empregado, comparecimento do empregado no estabelecimento do empregador no início e/ou no final da jornada, visitas de rotina pelo superior hierárquico, dentre outros. Nada obstante houvesse a averbação do labor externo em CTPS, não retratou essa formalidade a efetiva realidade vivenciada pelo empregado, afastando o enquadramento na exceção do artigo 62, I, da CLT. Revelou a prova oral dos autos que o empregador tinha ciência da geolocalização do empregado por meio do celular disponibilizado para o trabalho, pela utilização de aplicativo de check in e check out indicativo do horário de início e término da jornada de trabalho, inclusive em tempo real pelo geolocalizador. Sentença que reconheceu o direito a horas extras mantida.

RELATÓRIO

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da **05ª VARA DO TRABALHO DE CURITIBA - PR**, sendo recorrentes e recorridos **D. J. P. e I. P. D. P. S.A.**.

Inconformadas com a r. sentença (ID 40ca71c), complementada pela decisão resolutiva de embargos de declaração (ID b76b9d4), ambas proferidas pelo Exmo. Juiz do Trabalho Otávio Augusto Constantino, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, recorrem as partes a este Tribunal.

A ré, em razões recursais (ID 0d7b695), postula a reforma quanto aos seguintes itens: a) adicional de periculosidade; b) horas extras; c) limites da condenação;

d) justiça gratuita e e) honorários de sucumbência.

Custas processuais recolhidas (ID ed74348).

Depósito recursal efetuado (ID d032f5f).

Contrarrazões apresentadas pelo autor (ID 8ec28b5).

O autor, em razões de recurso ordinário interposto adesivamente (ID 1092527), postula a reforma quanto aos seguintes itens: a) horas extras; b) dano moral e c) honorários advocatícios.

Contrarrazões apresentadas pela ré (ID 350f215).

Em conformidade com o art. 28 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho e a teor do disposto no art. 45 do Regimento Interno deste E. Tribunal Regional do Trabalho, os presentes autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho (Lei Complementar 75/93).

Acrescente-se, ainda, que a ação trabalhista foi ajuizada em 31/07/2020, referindo-se a liame empregatício que vigeu entre 27/04/2016 e 03/08/2018, tendo sido proferida a r. sentença em 10/03/2023. A ré opôs embargos de declaração em 17/03/2023, decididos em 27/03/2023. Posteriormente, a ré interpôs recurso ordinário em 12/04/2023 e o autor interpôs recurso ordinário adesivo em 27/04/2023.

Cuida-se, portanto, de relação jurídica de direito material que vigeu parcialmente em período anterior à Lei nº 13.467/2017 (vigência em 11/11/2017) e como tal será tratada. Considerações acerca de eventual aplicação da Lei nº 13.467/2017, apenas se incidente, serão expressamente registradas no corpo da fundamentação.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHEÇO** dos recursos ordinários interpostos, e bem assim, das contrarrazões.

MÉRITO

RECURSO DA PARTE RÉ (I. P. D. P. S.A.)

(...)

**REGIME JURÍDICO DE DURAÇÃO DO TRABALHO - FIXAÇÃO DA JORNADA
- HORAS EXTRAS (análise conjunta dos recursos)**

Em decorrência do princípio da celeridade processual, o recurso do autor será analisado nesse tema de forma conjunta.

O Juízo *a quo* condenou a reclamada ao pagamento de horas extras e reflexos, sob os seguintes fundamentos:

(...) O art. 62, I, da CLT, é claro ao dispor que estão alheios ao regime de controle de horário os empregados que exerçam “atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho”. Ou seja, não basta que o trabalho seja realizado em ambiente externo, é imprescindível que ele não seja passível de controle. Não é, portanto, uma faculdade do empregador, mas sim uma situação de fato que redunde na impossibilidade prática de realização dos registros.

No caso, o preposto confessou que por um período de 6 meses a 1 ano a ré utilizou um aplicativo para os vendedores registrarem o horário de entrada e de saída em cada posto visitado. Ou seja, seria plenamente possível a ré realizar o controle de jornada pelo aplicativo.

Portanto, o empregador estava obrigado a efetuar os registros. A ausência de registros corresponde a fraude aos direitos trabalhistas (art. 9º, CLT).

Ao não juntar os controles de jornada, a ré atraiu o ônus de provar a inexistência do trabalho extraordinário, na forma da Súmula 338, I, do C. TST, do qual não se desincumbiu.

Quanto aos horários trabalhados, em que pese a divergência entre as testemunhas, tendo em vista que a testemunha Ricardo trabalhou sob a mesma gerência que o reclamante, dou maior prevalência ao seu depoimento.

Ademais, destaco que a parte autora não demonstrou que tenha laborado nas férias, ônus que era de sua incumbência, por se tratar de fato constitutivo de seu direito (art. 818, I da CLT c/c art. 373, I do CPC). Diante do exposto, com base na jornada indicada na inicial, na prova oral produzida e nos limites da razoabilidade, fixo a duração do trabalho como sendo o seguinte: - segunda-feira, quarta-feira e sexta-feira: das 08h00 às 18h30, com uma hora de intervalo intrajornada; - terça-feira e quinta-feira: das 08h00 às 20h15, com uma hora de intervalo intrajornada, além de uma hora adicional referente à resposta de e-mails, das 21h00 às 22h00.

Em face da jornada acima destacada, julgo procedente o pedido de pagamento de horas extras, assim consideradas as excedentes da 8ª

diária e 44ª semanal, de forma não cumulativa.

Fixo os seguintes parâmetros de apuração das horas extras deferidas: a) divisor 220; b) adicional convencional para os períodos de vigência de normas coletivas anexadas aos autos durante a fase de conhecimento e, na ausência, o adicional legal (50%); c) base de cálculo: todas as parcelas de natureza salarial, inclusive recomposição pela evolução salarial obtida com a presente demanda (Súmula 264, TST), e ainda o valor do salário-hora praticado na época a que se referem as horas extras (Súmula 347, TST); d) havendo adicional de periculosidade pago e/ou deferido, determino a sua integração à base de cálculo das horas extras, na forma da Súmula 132, I, do TST.

Ante a natureza salarial das horas extras, julgo procedente o pedido de pagamento de reflexos das verbas ora deferidas em RSR (aplicação da OJSBDI-1 nº 394 do C. TST, estritamente em razão de disciplina judiciária), férias acrescidas de 1/3, 13º salário (Súmula 45, TST), aviso prévio indenizado e FGTS (8% mais indenização de 40% - Súmula 63, TST). Com relação aos domingos e feriados trabalhados, a parte autora não indicou na petição inicial que tenha trabalhado nesses dias, bem como no depoimento narrou que trabalhava de segunda a sexta-feira, motivo pelo qual julgo improcedente o pedido de pagamento em dobro do RSR.

Insurge-se a ré, argumentando, em síntese, que o autor não laborava mais que oito horas diárias e/ou 44 semanais. Aduz que “considerando o que o autor disse ao Sr. Perito, ele trabalhava no máximo 24 horas por semana, vez que disse que visitava de 3 a 4 postos por dia e que cada visita durava 01h30min. Ou seja, quando visitava 04 postos em um dia, trabalhava 06 horas”.

Ainda, reiterou a tese de que o autor se enquadra na hipótese do artigo 62, I, da CLT (atividade externa e que, portanto, estaria isento de controle de jornada). A ré questiona, também:

Se o Reclamante era trabalhador externo e não tinha obrigatoriedade de comparecer na sede da reclamada para iniciar e encerrar a jornada, conforme fato incontroverso nos autos, como poderia a Reclamada ter controle da sua jornada apenas com base no seu login no sistema e porque utilizava de tablet, e a jornada desempenhada ser organizada por ele mesmo, sem interferência da reclamada?

O autor, por sua vez, pleiteia o reconhecimento da jornada de trabalho apontada na inicial em razão da ausência da apresentação dos controles de ponto.

Analisa-se.

O art. 62, I, da CLT é norma excepcional, sobressaindo imperioso que a empregadora comprove nos autos, de forma cabal e incontestado, a incompatibilidade

do controle de jornada do empregado com a atividade por ele exercida, porquanto constitui fato impeditivo do direito do reclamante ao recebimento de horas extras, a teor do que dispõem os artigos 818, II, da CLT e 373, II, do CPC.

A realização de atividade externa, por si só, não é incompatível com a fixação de horário, mesmo no caso dos autos, em que o empregado pode ser controlado por telefone e relatórios de visitas nos postos e aplicativo.

Hipótese diversa não autorizaria a exclusão do empregado do regime da duração do trabalho e do direito de receber a remuneração pelo labor extraordinário, direito constitucionalmente garantido (art. 7º, XIII, XVI e IX, da CF), visto que uma interpretação mais extensiva da exceção contida no artigo 62 da CLT, importaria em ofensa às garantias fundamentais asseguradas a todos os trabalhadores pela Constituição Federal, voltadas à jornada de trabalho, arduamente conquistada pelos obreiros.

Imperioso salutar que, assim como tão somente a existência de anotação em CTPS ou em ficha de registro do empregado, quanto a não sujeição a controle de jornada, não configura, de imediato, a exceção legal. Da mesma forma, sua ausência, ou a presença de qualquer previsão que exclua o contrato da disciplina de duração do trabalho prevista na legislação trabalhista, por si só, não atrai o regime de exceção. Nenhuma das duas hipóteses elide a apreciação da casuística que envolve cada situação, a fim de se verificar a efetiva (in)compatibilidade da função exercida com o controle de jornada.

Ante o princípio da primazia da realidade que permeia a relação empregatícia, a prova documental deve ser examinada à luz das reais condições de labor do reclamante, sendo certo, porém, que não é a simples ausência de controle de jornada que caracteriza a exceção do art. 62, I, da CLT, mas sua efetiva incompatibilidade com o controle de jornada.

Não basta, assim, que o empregador deixe de controlar a jornada de trabalho do obreiro que presta serviços externos, já que o § 3º do art. 74 da CLT estabelece como deve ser feito o controle da jornada dos trabalhadores externos. É imprescindível a incompatibilidade da função com tal controle, ou seja, mesmo que o empregador quisesse controlar a jornada, o método não se conciliaria com a atividade exercida, quer dizer, não seria possível fazê-lo sem prejudicar o bom desempenho do

empregado no exercício de suas tarefas.

Nada obstante houvesse a averbação do labor externo em CTPS, não retratou essa formalidade a efetiva realidade vivenciada pelo empregado, afastando o enquadramento na exceção do artigo 62, I, da CLT. Revelou a prova oral dos autos que o empregador tinha ciência da geolocalização do empregado por meio do celular disponibilizado para o trabalho, pela utilização de aplicativo de check in e check out indicativo do horário de início e término da jornada de trabalho, inclusive em tempo real pelo geolocalizador.

Com efeito, a prova oral, conforme conteúdo já referido no corpo da r. sentença, foi uníssona quanto à realização de ligações durante o horário de expediente, controle de localização dos empregados, inclusive em tempo real, por meio dos celulares a eles disponibilizados e uso de aplicativo em que os empregados deveriam preencher os horários de chegada e saída dos postos de combustíveis.

Não se verifica, na hipótese, qualquer incompatibilidade entre a atividade desenvolvida pelo autor e o controle de jornada, não se desincumbindo a reclamada do seu encargo processual (arts. 818 da CLT e 373, II, do CPC). Ao contrário, o conjunto probatório sinaliza para a possibilidade de controle da jornada pela ré.

Destarte, a prova oral produzida demonstra a possibilidade de controle da jornada de trabalho do autor. Assim, impende reconhecer que o reclamante não se enquadra na exceção do art. 62, I, da CLT.

Diante de tais fatos, portanto, não está o reclamante inserido na exceção prevista no art. 62, I, da CLT, fazendo jus ao pagamento de horas extras, na medida em que a finalidade da lei é excluir de tal direito somente o empregado cuja atividade exercida não permita a aferição da efetiva jornada de labor, hipótese diversa da retratada nos autos.

Nesse sentido, cumpre, transcrever o seguinte julgado da C. Corte Trabalhista a respeito da matéria:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. A ilação que se faz do art. 62, I, da CLT é a de que o exercício de atividade externa deve ser incompatível com a fixação de horário de trabalho, ou seja, remete à impossibilidade do controle da jornada para que se inclua na exceção legal. In casu, o Regional concluiu

ser inaplicável a exceção prevista no mencionado dispositivo, já que a atividade desenvolvida pela reclamante era passível de controle ou fiscalização. (AIRR 111082201050402811110-82.2010.5.04.0281; Relator: Dora Maria da Costa; 8ª Turma; DEJT 11/10/2013).

Desconstituído o enquadramento em regime de trabalho externo, previsto no art. 62, I, da CLT, presume-se a veracidade dos horários apontados na exordial, sopesados com a prova oral, nos termos do entendimento preconizado pela Súmula nº 338 do E. TST.

Apesar da divergência entre as testemunhas quanto à jornada de trabalho (o Sr. Leandro José Chagas declinou que “trabalhava das 08h às 17h30min, em média, de segunda à sexta-feira, e que, uma a duas vezes por semana, trabalhava até às 19hmin”), deve prevalecer a versão da testemunha Ricardo Gissoni no sentido de que “trabalhava apenas em dias úteis, das 07h30min/08h às 18h/19h, e que de uma a duas vezes por semana trabalhava até às 20h/20h30min”, visto que a referida testemunha trabalhou sob a mesma gerência do autor.

Assim, não obstante a presunção de veracidade da jornada de trabalho alegada na inicial, sopesando com o teor da prova oral, sobressai adequada a carga arbitrada na r. sentença quanto aos horários de entrada e saída, porquanto em consonância com a rotina de trabalho e as tarefas desempenhadas.

Outrossim, o depoimento de ambas as testemunhas deixou claro que havia um aplicativo que monitorava o horário de trabalho dos empregados que desempenhavam função externa, o qual foi usado durante seis meses, bem como que a empresa tinha ciência do local em que os empregados se encontravam em horário de trabalho por meio de geolocalização e dos aparelhos que ela disponibilizava para estes.

Data vênia a alegação da ré, no sentido de que o autor não laborou por mais de 8 horas por dia e 44 horas semanais, não foram trazidos elementos que pudessem corroborar essa alegação.

Em que pese o laudo pericial aponte que o autor visitava de três a quatro postos durante o dia e que ficava em média 1h30min em cada um, a empresa recorrente não observou que o laudo não considerou o tempo de deslocamento entre um posto e outro, os quais eram lotados em cidades diferentes.

Diante do exposto, mantém-se a sentença.

(...)

Em Sessão Presencial realizada nesta data, sob a Presidência da Excelentíssima Desembargadora Rosemarie Diedrichs Pimpao; presente o Excelentíssimo Procurador Luis Carlos Cordova Burigo, representante do Ministério Público do Trabalho; compareceram presencialmente os Excelentíssimos Desembargadores Rosemarie Diedrichs Pimpao, Benedito Xavier da Silva e Marcus Aurelio Lopes; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Rosemarie Diedrichs Pimpao, Benedito Xavier da Silva e Marcus Aurelio Lopes; sustentou oralmente a advogada Ivana Viaro Padilha inscrita pela parte recorrente Ipiranga Produtos de Petroleo S.A.; **ACORDAM** os Desembargadores da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DOS RECURSOS ORDINÁRIOS DAS PARTES**, bem assim das contrarrazões. No mérito, sem divergência de votos, **NEGAR-LHES PROVIMENTO**.

Custas inalteradas, pela reclamada.

Intimem-se.

Curitiba, 29 de setembro de 2023.

ROSEMARIE DIEDRICHS PIMPÃO

Relatora