



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

PROCESSO TRT - RO - 0010048-21.2015.5.18.0081

RELATOR : DESEMBARGADOR PAULO PIMENTA

RECORRENTE(S) : CÁSSIO RIBEIRO FILHO

ADVOGADO(S) : TATIANA RIEMANN COSTA E SILVA

RECORRENTE(S) : FURNAS CENTRAIS ELÉTRICAS S.A.

ADVOGADO(S) : ALEXANDRE RYUZO SUGIZAKI

RECORRIDO(S) : OS MESMOS

RECORRIDO(S) : ROMA SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS ENGENHARIA E CONST. LTDA

RECORRIDO(S) : CEMSA - CONSTRUÇÕES ENGENHARIA E MONTAGENS S.A.

RECORRIDO(S) : NOVA RIO SERVIÇOS GERAIS LTDA

ADVOGADO(S) : ENILSON JORGE DOS SANTOS ARAUJO

RECORRIDO(S) : BAURUENSE SERVIÇOS GERAIS LTDA

ADVOGADO(S) : RINALDO CESAR DA SILVA DUARTE

ORIGEM : 1ª VT DE APARECIDA DE GOIÂNIA

JUIZ(ÍZA) : FABIOLA EVANGELISTA MARTINS

EMENTA

FURNAS. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS INICIADA ANTES DA CF/88. VÍNCULO DE EMPREGO. A prestação de serviços em contexto de intermediação fraudulenta de mão de obra, em que se verifica labor em atividades voltadas à consecução das finalidades

institucionais, além de pessoalidade e subordinação para com a entidade integrante da Administração Pública tomadora dos serviços, acarreta a formação de vínculo empregatício diretamente com a última se iniciada antes do advento da Constituição Federal de 1988, momento no qual não se exigia aprovação em concurso público para ingresso nos quadros de pessoal do Poder Público.

RELATÓRIO

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

A 1ª reclamada também recorre quanto aos temas nos quais foi sucumbente.

Apresentadas contrarrazões pelo reclamante e pela 1ª reclamada.

Sem remessa ao d. MPT, na forma regimental.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

Preliminar de admissibilidade

RECURSO DO RECLAMANTE

PRELIMINAR

DO ADITAMENTO À 1ª CONTESTAÇÃO E DA JUNTADA DA 2ª CONTESTAÇÃO

O reclamante alega que o aditamento à contestação (fls. 1240/1247 do arquivo PDF baixado em ordem crescente do sistema PJe/JT, o que deve ser subentendido nas próximas referências às folhas dos autos) realizado pela 1ª reclamada consistiu em defesa apresentada fora do prazo, pois, na audiência inicial, o d. Juízo de origem somente tinha autorizado a juntada tardia de documentos, não cabendo a alegação de novos argumentos.

Quanto à segunda contestação apresentada pela 1ª reclamada (fls. 1435/1492), aduz que esta deveria se limitar ao objeto de emenda da inicial, qual seja, a inclusão das demais reclamadas no polo passivo da lide, não sendo tempestivas as alegações constantes da referida peça que digam respeito às matérias constantes da inicial anteriormente à emenda.

Requer, assim, a indisponibilidade nos autos tanto do aditamento à primeira contestação quanto da segunda contestação apresentada pela 1ª reclamada.

Examino.

Analisando a ata da audiência realizada em 02/03/2015 (fls. 1238/1239), observo que o d. magistrado de primeiro grau, em virtude da indisponibilidade do sistema PJe-JT nos dias 28/02/2015 a 01/03/2015, bem como da sua instabilidade no dia da audiência, deferiu o pedido da 1ª reclamada, autorizando a juntada de documentos até as 18h daquela mesma data (02/03/2015). Entretanto, a 1ª ré, além de juntar os documentos de fls. 1248/1253, colacionou aos autos aditamento à contestação (fls.1240/1247), por meio do qual trouxe argumentos que não constavam da defesa anteriormente apresentada.

Nos termos do art. 460 do CPC/73, então vigente, o julgador dever estar adstrito aos limites da lide, os quais são definidos na petição inicial e na contestação, sem prejuízo da análise de eventuais fatos supervenientes que ocorram ainda no curso da demanda e possam influenciar sua decisão. Neste contexto, uma vez apresentada a contestação, a demanda se estabiliza, sendo vedado à parte alterar a sua versão dos fatos naquela apresentados ou o enquadramento em que os pretende.

Portanto, "data venia" do entendimento esposado na origem, o aditamento à contestação não poderia ter sido juntado aos autos, estando preclusa, naquele momento, a oportunidade da 1ª ré de acrescentar/alterar os argumentos de defesa.

Todavia, mais adiante o rito processual foi reiniciado, tendo sido desconsiderada a primeira contestação e o seu aditamento apresentado. Explico:

Na audiência em prosseguimento designada para a instrução, realizada no dia 27/08/2015 (fl. 1287), o d. Juízo monocrático deferiu o pedido do reclamante para emendar a exordial e acrescentar no polo passivo mais 04 rés. Em seguida, no despacho de fl. 1293, ao determinar a inclusão das 04 pessoas jurídicas na presente lide, o d. magistrado designou data para nova audiência inicial e determinou a intimação da 1ª reclamada sob as penas do art. 844 da CLT.

Aplicando o aludido dispositivo celetista, o não comparecimento da 1ª ré à nova audiência marcada importaria revelia, além de confissão quanto à matéria de fato. Ressalto que a revelia não se limita à hipótese de ausência à audiência prevista no art. 844 da CLT, devendo a parte, além de se fazer presente na data designada, contestar a ação, nos moldes do art. 300 do CPC/1973, vigente à época da instrução e aplicável ao processo trabalhista (art. 769 da CLT). Ademais, a previsão de que o não comparecimento da reclamada implica revelia, nos termos do dispositivo em comento, vincula-se à circunstância de que, no processo do trabalho, a defesa é, a princípio, apresentada em audiência, nos termos do art. 847 da CLT.

Sendo assim, só se pode concluir que, uma vez marcada nova audiência inicial e determinada a intimação da 1ª reclamada sob pena do art. 844 da CLT, pretendeu o d. Juízo "a quo" reiniciar o rito processual, desconsiderando os atos anteriormente praticados, sendo válida, portanto, a juntada, pela 1ª ré, de nova contestação impugnando toda a matéria veiculada na inicial e no aditamento desta.

Isto posto, não prospera o pedido do reclamante para que seja considerada a primeira contestação e desprezada a segunda, devendo prevalecer apenas esta última (petição de fls. 1435/1492) como sendo a defesa efetivamente apresentada pela 1ª reclamada, conforme o fez o d. magistrado "a quo".

Rejeito a preliminar.

MÉRITO

Item de recurso

DA UNICIDADE ENTRE OS CONTRATOS FIRMADOS ENTRE 1987 E 2004 E DO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO COM A 1ª RECLAMADA (FURNAS). PRESCRIÇÃO.

O reclamante narrou na petição inicial que foi admitido em 28/07/1987, por meio de empresas interpostas, para exercer a função de engenheiro civil de forma subordinada, pessoal, exclusiva e contínua, em favor da 1ª ré, até 05/05/2004, data em que passou a formalmente integrar seu quadro de pessoal.

Pleiteou o recorrente a declaração da unicidade contratual a partir de 28/07/1987, tendo em vista que as contratações realizadas pelas prestadoras de serviços deram-se de forma contínua, da seguinte maneira: de 28/07/1987 a 31/03/1988 foi contratado pela 2ª ré (ROMA); de 01/04/1988 a 28/02/1997 foi contratado pela 3ª ré (CEMSA), de 01/03/01997 a 31/01/1998 foi contratado pela 4ª ré (NOVA RIO); de 02/02/1998 a 04/05/2004 foi contratado pela 5ª ré (BAURUENSE), sendo finalmente efetivado pela 1ª ré (FURNAS) em 05/05/2004, sempre na função de engenheiro.

Asseverou que os referidos contratos são nulos por conta da ilicitude da terceirização havida e, considerando que prestava serviços exclusivamente em atividade-fim da 1ª reclamada (FURNAS) durante todo o período declinado, pleiteou a declaração de vínculo empregatício

com esta, desde 28/07/1987 e a retificação da CTPS para fazer constar a aludida data de admissão.

Citou decisão proferida pelo TCU (TC-005.152/2002-1) em 30/10/2002 que concluiu que a 1ª reclamada realizava contratação ilegal de servidores por intermédio de empresas interpostas. Destacou, ainda, que o reconhecimento de vínculo não viola o art. 37, II, da CF que impõe a necessidade de concurso público, pois iniciou a prestação de serviços antes de 1988.

A 1ª reclamada, em sua defesa, insistiu na prescrição da pretensão obreira e negou a nulidade dos contratos de terceirização bem como a existência de vínculo de emprego diretamente com ela antes de 05/05/2004.

Analiso.

A rigor, o pleito de natureza declaratória não desafia o corte prescricional. Entretanto, incide na espécie o princípio da especialidade, positivado no art. 2º, § 2º, da LIDB e segundo o qual as disposições legislativas gerais e especiais convivem sem que haja revogação de uma pela outra. Em suma: a meu ver, a CLT traz disposição específica sobre a incidência de prescrição relativamente ao pleito em exame.

O §1º do art. 11 da CLT prevê que a prescrição não se aplica à pretensão relativa às anotações para fins de prova face à Previdência Social. Assim, a prescrição prevista no art.7º, XXIX, da CF/88 não se opera no caso de ação judicial que visa a anotação da CTPS que tenha o condão de culminar em fins previdenciários ao prestador dos serviços, ou seja, demonstrar a existência de liame empregatício com o intuito de somar o período de trabalho reconhecido à contagem de tempo de serviço.

Ocorre que, no caso vertente, eventual provimento nesse sentido não traria proveito ao demandante, eis que é incontroverso que sua CTPS foi devidamente anotada pelas quatro empresas prestadoras de serviços que intermediaram sua mão de obra em favor de Furnas, no intervalo compreendido entre 28/07/1987 a 04/05/2004, inclusive conforme demonstra cópia da carteira juntada aos autos. Logo, como entre as aludidas datas o tempo de trabalho consta registrado, resta provado o tempo de serviço nesse período, independentemente de quem tenha sido seu empregador.

Assim sendo, embora já tenha entendido de forma diversa, evolui para concluir que, não havendo necessidade do reclamante obter provimento declaratório para o fim de prova perante a Previdência Social, sua pretensão de declaração da unicidade contratual e reconhecimento de vínculo com a 1ª reclamada (FURNAS), com a consequente retificação da CTPS para constar a data de admissão dia 28/07/1987, a meu ver, sujeitar-se-ia à prescrição prevista no art. 7º XXIX, da CF/88, face a aplicação a "contrario sensu" do art. 11, §1º, da CLT, cuja pronúncia deveria ser realizada nesta instância por força do efeito devolutivo quanto à profundidade, que remete à instância revisora todas as alegações, provas e o correto enquadramento jurídico com relação ao pedido recorrido, a teor do art. 1.013, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, sendo que, em sua defesa, a parte reclamada arguiu prescrição às pretensões do autor.

Todavia, por disciplina judiciária, acompanho o entendimento sedimentado por este Regional na Súmula 57, cuja redação transcrevo:

"PRESCRIÇÃO. UNICIDADE CONTRATUAL. ANOTAÇÃO DA CTPS. NATUREZA DA PRETENSÃO (ART. 11, § 1º, DA CLT). O reconhecimento de vínculo empregatício e a consequente anotação de CTPS, dada a natureza declaratória, não estão sujeitos ao corte prescricional (art. 11, § 1º, da CLT)".

Portanto, avanço na apreciação das pretensões.

De início, impende esclarecer que o art. 453 da CLT não se aplica ao caso em apreço. A uma, o dispositivo destina-se a regular o cômputo no tempo de serviço dos períodos descontínuos válidos, sem versar sobre unicidade contratual, isso é, pressupõe a regularidade dos contratos empregatícios diversos. Por sua vez, na espécie, o que o demandante faz é justamente acusar nulidade aos intervalos de ativação, rogando pela declaração de um único pacto laboral. Outrossim, a "indenização legal" a que alude a parte final do artigo como obstativa da soma dos períodos laborados corresponde à já extinta indenização por tempo de serviço, assegurada nos arts. 477, "caput", e 478, "caput", ambos da CLT e revogada pelo advento da Constituição da República atual, que instituiu a obrigatoriedade do regime de FGTS.

Sem muito esforço, percebe-se que não existiu solução de continuidade na prestação dos serviços por parte do reclamante em tempo superior a 02 dias, a evidenciar tentativa de burla a direitos trabalhistas, já que, diante do patente interesse da empregadora quanto à força produtiva do autor, a ruptura da relação afigurava-se desnecessária, daí por que cabe ao Poder Judiciário tê-la por fictícia.

A forma da qual Furnas valia-se da força produtiva do trabalhador incutia-lhe a convicção de que aquela enigmática situação trabalhista esteve mantida a todo momento. Sendo assim, é dentro dessa lógica que nasce a conclusão de que o contrato mantido entre o obreiro e Furnas foi - na sua forma - contínuo.

Restou demonstrado que a reclamada, desde o início da prestação de serviços do autor em seu favor em 28/07/1987 até 04/05/2004, supriu sua necessidade de mão de obra por intermédio da contratação de empresas interpostas, as quais, por sua vez, contratam como seus empregados os trabalhadores que já lhe prestam serviços.

Por esse contexto, já se constata a pessoalidade incompatível com a terceirização de serviços não temporários. Ademais, apesar de a 1ª reclamada ter impugnado a afirmação obreira de que sua prestação de serviços voltava-se à consecução de seus fins institucionais, tem-se por notório e, pois, independente de prova, à luz do art. 334, I, do CPC/1973, o fato de que no final dos anos 80 e no início da década de 90, FURNAS passou a suprir a necessidade de mão de obra regular mediante terceirizações fraudulentas.

Ora, pelo conjunto probatório apresentado, é possível constatar que se trata de flagrante terceirização ilícita de mão de obra, já que o reclamante, por intermédio das diversas empresas interpostas, prestou serviços com pessoalidade à reclamada, em funções que lhe eram essenciais, como, por exemplo, na construção da Usina Hidrelétrica Batalha, em Paracatu/MG.

Tal espécie de terceirização é inadmissível em nosso ordenamento jurídico, sendo expressamente repelida, consoante exegese do art. 9º da CLT, o qual prevê a nulidade dos atos praticados com o intuito de elidir a aplicação da legislação trabalhista. A leitura dos itens I e III da Súmula 331 do TST expressa interpretação no mesmo sentido.

Nesse compasso, não prospera a pretensão da 1ª reclamada de que os contratos sejam considerados de forma apartada e independente, impondo-se o reconhecimento da unicidade contratual.

A título de corroboração, peço vênica para transcrever e integrar às razões de decidir trecho da análise realizada pelo Exmo. Desembargador Aldon do Valle Alves Taglialegna, cuja divergência, nesta parte, prevaleceu no julgamento do RO-0053300-81-2009-5-18-0082, demanda contendo a mesma demandada no polo passivo, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido que os presentes:

"Observo, de início, que as contratações do Autor por empresas interpostas, no meu entender, se deram irregularmente, isso porque, mesmo tendo o Reclamante trabalhado para várias empresas, sempre prestou seus serviços diretamente para Furnas.

É pouco razoável admitir que o Autor sempre procurava a empresa vencedora na licitação, e que estas sempre lhe conferiam o trabalho postulado em decorrência de sua experiência. É sabido que as empresas já têm seus próprios empregados e o trabalho ininterrupto por mais de 15 anos prestando serviços para Furnas aponta no sentido de que a contratação do Reclamante era exigência da própria Furnas, operando-se a terceirização ilícita da mão-de-obra.

Ademais, os pareceres de fls. 38/65 (da pena da Ministra do Colendo Supremo Tribunal Federal, Dra. Carmem Lúcia) e 66/177 bem delineiam a questão fática que envolvem os ora litigantes, qual seja, que Furnas, na iminência de ser privatizada e não podendo interromper o serviço prestado, teve que buscar contratação de pessoal através de empresas interpostas, em decorrência da expansão de suas atividades. Veja-se trecho do primeiro parecer citado:

'Segundo dados constantes dos documentos examinados, totaliza 2.100 aproximadamente o número de pessoas que, executando atividades que constituem serviços públicos essenciais de competência de Furnas Centrais Elétricas S.A não estão entre os seus servidores, mas como contratados de empresas particulares. Percentualmente, o número corresponderia a quase dois terços daqueles que trabalham em setores essenciais dos serviços desenvolvidos por Furnas e de quem dependem, portanto e principalmente, a geração e a transmissão da energia elétrica oferecida a quase quarenta por cento da população brasileira.

(omitido)

A utilização da via de contratação de empresas prestadoras de serviços de administração de pessoal ficou tanto mais patente por causa das novas sucumbências determinadas a Furnas Centrais Elétricas, especialmente aquelas ligadas ao desenvolvimento de obras de ampliação em usinas termelétricas e nos sistemas de transmissão Bateias-Ibiúna, Cachoeira Paulista-Adrianópolis Ouro-Preto-Vitória, determinadas em 2001.

Os contratos das empresas Enesa e Bauruense proporcionaram a utilização de mão-de-obra que permitia fazer face às novas exigências, que, aliadas ao crescimento normal da demanda do serviço pelo público, impunham expansão continuada da prestação do serviço.

Nota-se, ainda, que nem se poderia cogitar, no caso, de concurso público, uma vez que a sua realização estava vedada pelos escalões definidores de política e administração da empresa e dos órgãos federais competentes para tanto, em razão da perspectiva, então acolhida, de privatização, conforme antes realçado.

(omitido)

Daí que os contratados, conquanto por terceiros, submetem-se às exigências do serviço prestado e sujeitam-se às demandas do serviço público executado e não à condições pactuadas livremente entre particulares, como se poderia cogitar cuidando-se de uma relação entre um trabalhador e empresas de igual natureza como, por exemplo, a Bauruense Serviços Gerais Ltda e a Enesa Engenharia S.A. Isto significa que competia a Furnas Centrais Elétricas contratar empresas de administração para impor as suas normas quanto à forma de prestação dos serviços e para que pudesse ter a garantia de que seriam eles devidamente desenvolvidos.

(omitido)

Os contratos firmados entre Furnas Centrais Elétricas S.A e as Empresas Bauruenses Serviços Gerais Ltda e as Enesa Engenharia S.A, e que retém o conjunto de servidores na forma anteriormente classificadas, encontra-se em perfeita consonância, portanto, com as necessidades que se foram firmado ao longo do período (década de noventa especialmente e início da década atual) e que não poderiam deixar de ser atendidas a contento pela empresa estatal.

(omitido)

A finalidade dos contratos firmados por Furnas Centrais Elétricas com as Empresas Bauruenses Serviços Gerais Ltda e as Enesa Engenharia S.A é,

pois, suprir as necessidades de pessoal empresa.

Todavia, o provimento das demandas que se refiram a pessoal prestador de serviço permanente deve ser feito pela própria empresa estatal, donde a ordem do E. Tribunal de Contas para que se façam cessar aqueles contratos e que se restabeleça a verdade administrativa relativa a pessoal por meio da contratação pela via do concurso público, conforme determinado constitucionalmente.

(omitido)

No caso em foco, o que se teve foi o fornecimento de mão de obra para Furnas Centrais Elétricas por meio de empresa tomadora de serviços, que cuidavam de ofertar os trabalhadores demandados pela estatal. O alongamento do período de manutenção de seus servidores, bem como a sua condição de continuada permanência na empresa estatal submetido ao regimento que está impõe que é inerente à natureza dos serviços desempenhados põe e causa a natureza do vínculo por eles havido com Furnas a natureza da própria contratação da empresa particular tomadora de serviços'.

Ainda temos notícias da determinação do Tribunal de Contas da União na decisão plenária nº 1.465/2002 (processo 005.152/2002-1), para que Furnas:

'Adote as devidas providências no sentido de fazer cessar a utilização de mão-de-obra terceirizada para os cargos inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo Plano de Cargos de empresa, tendo em vista a inobservância do disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal'.

Tal realidade fática não foi contestada pela 1ª Reclamada (Furnas), ao contrário, em sua contestação cita a mesma determinação do TCU, aceitando, portanto, a irregularidade das contratações. Também, menciona o acordo judicial em que ficou entabulada tabela para a 'substituição gradativa, paulatina, dos trabalhadores terceirizados ou contratados, por empregados aprovados em concurso público'.

Assim, inconteste a ilicitude da contratação terceirizada para atividades fins da 1ª Reclamada".

Consoante entendimento jurisprudencial consolidado do E. TST na citada Súmula 331, a mediação lícita de mão de obra acarreta a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços no que se refere às obrigações trabalhistas não adimplidas pelo empregador, valendo ressaltar que tal forma de responsabilização alcança as entidades da Administração Pública, como a 1ª reclamada (sociedade de economia mista) se verificada negligência de sua parte quanto à observância dos direitos cabíveis aos empregados das pessoas jurídicas interpostas.

Entretanto, mais grave é a situação retratada nos presentes autos, em que se flagra intermediação ilícita de trabalhadores, ato fraudulento que, a teor do item I da Súmula 331 do TST, proporciona a formação de vínculo de emprego com o tomador dos serviços.

Noto, por oportuno, que, na hipótese dos autos, não incide o item II do verbete sumular sobredito ("A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional"), porquanto o reclamante foi admitido antes de 28/07/1987. Logo, antes da promulgação da vigente Constituição da República, quando, reitero, ainda não se exigia prévia aprovação em concurso público de provas e títulos para preenchimento de emprego público.

A jurisprudência da Corte Superior do Trabalho orienta que, na vigência da Constituição de 1967, como não era exigido concurso público para provimento de emprego público, o vínculo empregatício, por meio de empresa interposta, como na situação em exame, gera reconhecimento de vínculo diretamente com a tomadora de serviços, como o revela o seguinte aresto:

"RECURSO DE REVISTA - VÍNCULO EMPREGATÍCIO. EMPRESA INTERPOSTA. ADMISSÃO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - Está consagrado no âmbito desta Corte que não incide o Enunciado nº 331, II, do TST, e tampouco o artigo 37, II, da Constituição Federal, se a contratação ocorreu antes da vigência da atual Carta Política. Assim, atento ao princípio *tempus regit actum*, incide no caso a regra da CF/67, com a Emenda nº 1/69, vigente à época da formação do liame empregatício, que não exigia a aprovação em concurso público para o emprego público. Por conseguinte, o contrato de trabalho não é atingido pela nulidade absoluta, pois ainda não era vigente a regra segundo a qual na admissão de empregado pela Administração Pública, deve haver prévia aprovação em concurso público, o que somente surgiu

após o advento da Constituição de 1988, segundo dispõe o seu artigo 37, inciso II. Recurso de Revista conhecido e provido para, reconhecendo o vínculo de emprego do Reclamante diretamente com o Banco Reclamado, considerar o Banco Reclamado solidariamente responsável pelos créditos do Autor". (Processo RR-700152/2000, 3ª Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, publicação DJ 27/05/2005)."

Nesse sentido também já julgou esta Corte:

"CONTRATO DE TRABALHO - EMPRESA INTERPOSTA- VÍNCULO COM A TOMADORA DE SERVIÇO - O Reclamante trabalhou como motorista para a Reclamada através de várias empresas interpostas. A prova dos autos é de prestação de serviço ininterrupta, pessoal e subordinada à tomadora. Comprovado, assim, que a Reclamada utilizou a terceirização de atividade-meio de modo fraudulento, determina a ordem jurídica que se desconsiderem os vínculos laborais com os empregadores aparentes (empresas prestadoras de serviço), para o reconhecimento do vínculo uno diretamente com a tomadora de serviço. Recurso Ordinário não provido". (TRT-RO-00983-2007-161-18-00-9 - Relatora: Juíza Wanda Lúcia Ramos da Silva)

Nesse passo, devem ser desconsiderados os contratos firmados entre o reclamante e as supostas prestadoras de serviço e reconhecido o vínculo empregatício diretamente com a reclamada FURNAS.

Ante o exposto, julgo procedentes os pedidos de declaração de unicidade contratual e de vínculo empregatício antes de 05/05/2004. Consequentemente, condeno a 1ª reclamada a retificar a CTPS do autor para fazer constar admissão em 28/07/1987, no prazo de 8 dias a contar de intimação específica, após o trânsito em julgado, sob pena de multa diária de R\$500,00, até o limite de R\$5.000,00, sem prejuízo de, então, ser suprida pela Secretaria da Vara do Trabalho, bem como comunicada à Superintendência Regional do Trabalho para aplicação da cominação cabível.

Dou provimento.

ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. PRESCRIÇÃO.

Insurge-se a parte autora contra a r. sentença, que declarou a prescrição total do pedido relativo ao adicional por tempo de serviço, sob o fundamento de que tal pleito se funda em reenquadramento funcional, aplicando-se, portanto, as Súmulas 275 e 294 do TST.

Aduz que as reclamadas não arguíram a prescrição total, de modo que seu reconhecimento de ofício é vedado pelo ordenamento jurídico-trabalhista.

Ademais, argumenta que não alegou na exordial que foi incorretamente enquadrado, não pretendendo diferença a título de salário nominal, mas diferença de adicional por tempo de serviço (ATS) resultante da contagem dos anos de trabalho prestados a FURNAS, sendo o caso de incidência da Súmula 294 do TST, que prevê a prescrição parcial.

Requer, assim, a condenação da 1ª reclamada ao pagamento de diferenças do ATS referente ao período imprescrito.

Pois bem.

Inicialmente, registro que a 1ª reclamada, em tópico específico de sua contestação sobre diferenças do ATS, alegou que esta pretensão está totalmente abarcada pelo instituto da prescrição (fl. 1477/1480). Ademais, tanto a 4ª reclamada (fl. 1410/1411) como a 5ª reclamada (fl. 1376/1377) também aduziram em suas defesas estarem todas as parcelas pleiteadas pelo reclamante prescritas, não havendo falar que houve declaração de ofício da prescrição total.

Prosseguindo, destaco que a unicidade contratual, uma vez reconhecida, implica a conclusão de que entre o obreiro e a 1ª reclamada existiu vínculo empregatício desde 28/07/1987, data em que firmado o primeiro pacto, com a intermediadora ROMA SERVICOS TÉCNICOS E ADMINISTRATIVOS LTDA.

O mero reconhecimento do tempo de serviço, conforme anteriormente explanado, não exprime provimento condenatório, é dizer, consistente em obrigação de dar, fazer ou não fazer algo e, portanto, sujeito aos efeitos da prescrição. Ao revés, a verificação de que o trabalhador se ativou em favor da entidade patronal durante lapso temporal determinado corresponde a provimento de natureza simplesmente declaratória, isso é, imune à corrosão prescricional.

É verdade que o reconhecimento do tempo de serviço produz efeitos pecuniários consistentes nas diferenças a que o obreiro faz jus, visto que repercute nas retribuições mensais devidas a título de anuênios. Entretanto, essa expressão pecuniária do julgamento nasce somente a partir do momento em que os créditos trabalhistas não mais forem prejudicados pela prescrição quinquenal.

Em suma: com base no tempo de serviço (desde 28/07/1987), a verba pretendida deve ser calculada ano a ano, contudo, sua repercussão pecuniária ficará restringida ao lapso temporal não atingido pelos efeitos corrosivos da prescrição parcial pronunciada.

Nesse sentido, cito precedente desta Turma julgadora, consistente no julgamento do RO-0000971-78.2011.5.18.0161, cuja relatoria coube ao Exmo. Desembargador Breno Medeiros, versando sobre demanda contendo a mesma reclamada no polo passivo (FURNAS), bem como mesma causa de pedir e pedido que dos presentes. Cito ainda o RO-0001347-05.2014.5.18.0082, de minha relatoria.

Dessa forma, o autor faz jus à contagem do tempo de serviço também no período compreendido de 28/07/1987 a 05/05/2004 (data em que a 1ª ré originariamente registrou o contrato na CTPS do reclamante), para fins de cálculo do adicional perseguido.

Pelas razões esposadas, condeno a 1ª reclamada ao pagamento do adicional comentado, no percentual de 1% do salário nominal por ano de serviço, contado a partir da admissão em 28/07/1987 (unicidade contratual reconhecida), até os dias atuais, observada a prescrição quinquenal. Ademais, para evitar pagamento em duplicidade, determino dedução das parcelas pagas sob idêntico título.

Prosseguindo, tenho que a parcela adere ao contrato de trabalho e deve compor o complexo salarial, nos moldes da Súmula 203 do TST.

Logo, o adicional por tempo de serviço deve compor a base de cálculo de todas as verbas calculadas a partir da remuneração, como é o caso das PLRs, férias, gratificações de férias, abonos de férias, abonos salariais, 13º salários, FGTS e contribuição previdenciária, ponderada a prescrição parcial.

Nesse passo, defiro as diferenças das parcelas acima especificadas, porquanto pagas com a utilização de base de cálculo equivocada, já que não integrada do adicional por tempo de serviço.

Dou parcial provimento.

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO - PRESCRIÇÃO TOTAL

O D. Juízo de origem indeferiu o pedido de pagamento de diferenças de gratificação de função, sob o fundamento de a referida verba estar abrangida pela prescrição total, conforme a Súmula 294 do TST.

Insurge-se o reclamante, aduzindo que não houve supressão do pagamento da gratificação de função, o que levaria à aplicação da Súmula 294 do TST, mas redução desta verba, de modo que o direito à diferença de gratificação não foi alcançado pela prescrição total, incidindo, na verdade, a Súmula 373 da mesma Corte, sendo o caso de prescrição parcial.

Examino.

Na inicial o reclamante alegou que de junho de 2004 a junho de 2012 foi designado para a "Chefia de Divisão", passando a exercer função gerencial, a qual dava ensejo ao pagamento de gratificação de função.

Relatou que em janeiro de 2005 foi instituído novo PCCR, que determinou que "a

remuneração global dos empregados em posição gerencial do mesmo nível de responsabilidade seria a mesma, independentemente do seu salário nominal, pago em conformidade com o enquadramento dentre os vários cargos, níveis e 'steps'; independentemente de sua gratificação de função incorporada, paga por anterior exercício de função gerencial; e independentemente de seu ATS - Adicional por Tempo de Serviço, pago em função do tempo de serviço que o empregado tem na empresa. Isso porque, para cada gerente, seria mantido o salário nominal pago de acordo com suas qualidades técnicas e pessoais, bem como mantidos a gratificação de função incorporada e o adicional de tempo de serviço de acordo com o tempo de serviço, porém, a então gratificação de função foi dita extinta e substituída pela 'gratificação especial', a qual teria a finalidade de apenas 'completar' o valor da remuneração global paga de forma igual para todos os gerentes do mesmo nível, sendo, portanto, totalmente variável de gerente para gerente" (fl. 22).

Explicou que "em caso de progressão salarial por promoção, por exemplo, o salário nominal era elevado e a gratificação especial era reduzida", sendo que "o mesmo procedimento ocorria quando era elevado o adicional por tempo de serviço: para se manter a remuneração global a gratificação 'especial' era reduzida" (fl. 23). Aduziu que conforme seu salário nominal aumentava, por causa dos reajustes, bem como aumentava seu ATS, a cada novo anuênio, a gratificação especial era reduzida, para se manter o valor da remuneração global.

Tendo isso em vista, alegou que houve afronta à isonomia salarial, pois mesmo que desempenhassem a mesma função gerencial, com mesmo nível de responsabilidade, os empregados mais novos, como recebiam baixo valor de ATS e menor salário nominal, recebiam alto valor de gratificação especial, de modo a completar o valor da remuneração global.

Assim, requereu o autor equiparação da gratificação de função recebida pelo paradigma Renato Cabral Guimarães, empregado admitido em 03/12/2004, que passou a ocupar a função gerencial desde novembro de 2010, e que auferiu o valor de R\$9.455,58 nos meses de dezembro de 2010 a março de 2011, quantia bem maior do que a que o reclamante recebia a título de gratificação especial no mesmo período: R\$3.426,62.

Além disso, alegando que as normas da 1ª reclamada preveem a incorporação de 90% da gratificação de função, "requer a diferença mensal da gratificação de função proporcional, com base na correta gratificação de função do mês de junho de 2012 até a data da efetiva incorporação da diferença devida à remuneração do reclamante" (fl. 34).

A 1ª reclamada, em sua defesa, alegou que houve a prescrição total da verba, pois envolve parcela concedida por norma regulamentar editada em 2005, e não por imposição de lei, incidindo o entendimento da Súmula 294 do TST. Ademais, asseverou que a remuneração global foi instituída para se manter a igualdade de salário entre todos os gerentes, não prosperando o pedido do autor, pois não houve redução de seu salário ou da gratificação.

Pois bem.

O PCCR implantando em janeiro de 2005 estabeleceu o seguinte quanto ao adicional de função (fls. 290/291):

"6.1.1 Dinâmica da Remuneração Global

O profissional que for nomeado para ocupar uma das funções acima é elegível à política de remuneração global, ou seja, receberá gratificação mensal denominada 'gratificação especial' durante todo o período que estiver exercendo a função.

A 'gratificação especial' é variável, visto ancorar-se na diferença entre o salário nominal atual do empregado somado ao seu Adicional por Tempo de Serviço e o valor-salarial de referência para o respectivo Nível da Função, objetivando assegurar que a remuneração praticada em FURNAS esteja alinhada com as práticas remuneratórias do mercado, sem pressionar definitivamente a Folha de Pagamentos.

Assim que o profissional deixar de exercer a posição gerencial, deixará de receber tal gratificação. A seguir será detalhado o funcionamento da 'gratificação especial'.

6. 1.2 Cálculo da 'Gratificação Especial'

Como já mencionado no item anterior, o cálculo da 'Gratificação Especial' se dará conforme figura 18. A 'Gratificação Especial' não apresenta valores ou percentuais fixos.

FIGURA 18: Cálculo da Remuneração Global

SALÁRIO REFERÊNCIA (remuneração global) = SALÁRIO NOMINAL (Traj. Profissional) + ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO + GRATIFICAÇÃO ESPECIAL

(omitido)

6.1.4 Estabelecimento do Salário-Referência

A cada dois anos, serão propostos pela Superintendência de Recursos Humanos os salários referência para cada uma das três posições gerenciais, através de Pesquisas Salariais. Estes salários-referência serão aprovados pela Diretoria de FURNAS e pelos Órgãos Externos competentes".

Em regra, as alterações do contrato individual de trabalho somente são lícitas em caso de mútuo consentimento e, ainda sim, desde que não resultem prejuízos ao empregado, de acordo com o art. 468 da CLT.

Analizando alteração promovida pelo PCCR em análise, tem-se que foi estabelecida, no lugar da gratificação de função, a gratificação especial, complemento salarial de valor variável conforme o caso e com a finalidade de igualar os salários dos empregados que exercem funções gratificadas e ocupam a mesma posição de gestão, gerando, na prática, a neutralização dos aumentos de ATS e do salário nominal. Isso porque o incremento salarial gerado pelo aumento do ATS e do salário nominal era obstado pela engenharia remuneratória criada pela 1ª reclamada mediante a variabilidade descendente da gratificação especial.

Destarte, a redução contínua da gratificação sem a correspondente diminuição de responsabilidades, tarefas e importância da função, além de consubstanciar, em si, redução salarial quanto à parcela específica, em contrariedade ao item II da Súmula 372 do TST, serviu para impedir o incremento remuneratório que deveria decorrer especificamente dos aumentos do ATS e/ou do salário nominal, evidenciando-se, pois, artifício fraudulento violador do princípio da irredutibilidade salarial e do art. 468 da CLT. Tem lugar, nesse contexto, a aplicação do art. 9º da CLT, segundo o qual são nulos de pleno direito os atos praticados com o intuito de desvirtuar a aplicação dos preceitos consolidados.

De se notar, no caso, que a verificação da redução salarial ou da lesividade da alteração contratual não se dá pelo cotejo entre a situação anterior e a posterior à implementação do PCCR 2005, mas sim pela efetivação, após o regulamento, da engenharia remuneratória fraudulenta nele estabelecida, que consistiu, como visto, na regressão paulatina do valor da gratificação especial e na neutralização dos aumentos do ATS e do salário nominal.

Perceba-se, ainda, que a fraude perpetrada desvirtua até mesmo a natureza jurídica do ATS, sendo inconcebível que verba assim nominada não gere efetiva distinção remuneratória em função do tempo de serviço.

E não é só. O pagamento de gratificação em valor maior para empregados que exercem a mesma função sem critério legitimador da distinção viola o princípio da isonomia salarial, expresso tanto no inciso XXX do art. 7º da Constituição da República quanto no "caput" do art. 461 da CLT. É o que ocorre no caso, uma vez que, conforme o PCCR 2005, a distinção no valor da gratificação especial paga a empregados que ocupavam uma mesma posição de gestão não se dava por maior tempo ou qualidade de serviço dos que recebiam valores maiores sob a rubrica em questão. Pelo contrário, as diferenças deviam-se tão somente ao objetivo de nivelamento da remuneração global, do que resultava o pagamento de gratificação maior justamente aos empregados que tinham menor tempo de serviço e, assim, auferiam menores valores a título de ATS e salário básico.

Sendo a irredutibilidade salarial, a não alterabilidade lesiva do contrato de trabalho e a isonomia salarial direitos assegurados por lei, aplica-se ao caso a parte final da Súmula 294 do TST, que dispõe:

"Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei".

Assim sendo, a prescrição é parcial, atingindo apenas créditos anteriores ao quinquênio que antecede o ajuizamento da causa, por força do art. 7º, XXIX, da CF.

O fundamento consistente no direito à isonomia salarial, acima esposado, autoriza a adoção, como parâmetro para as diferenças de gratificação postuladas, do valor indicado pelo reclamante, recebido pelo paradigma Renato Cabral Guimarães (admitido em 03/12/2004) a título de gratificação de função relativa à competência de dezembro de 2010 (fl. 588): R\$9.455,58. Com efeito, se a gratificação passou a sofrer redução a partir do PCCR de 2005, é de se concluir que, no primeiro mês de vigência da norma regulamentar a gratificação do paradigma, a cujo valor, por razões já expostas, o autor também faz jus, era ainda maior do que a importância indicada.

Assim, reformo a r. sentença para, considerando ser devido ao reclamante o importe de R\$9.455,58 a título de gratificação de função, condenar a 1ª reclamada a pagar as diferenças da aludida verba salarial, do início do período imprescrito (19/01/2010) até junho de 2012 (quando o autor deixou de exercer a função gratificada), bem como reflexos em PLRs, férias, gratificações de férias, abonos de férias, abonos salariais, 13º salários, FGTS e contribuição previdenciária, ponderada a prescrição parcial.

Quanto ao pedido do reclamante de pagamento de diferenças devido à incorporação de 90% da gratificação de função em sua remuneração, apesar de o obreiro não ter especificado a norma que prevê tal direito empregatício, a 1ª reclamada nada menciona em sua defesa especificamente acerca desse pedido, motivo pelo qual tenho que restou incontroverso nos autos que o reclamante faz jus à incorporação pleiteada.

Ademais, após junho de 2012 (último mês em que exerceu a função de gerência) consta dos contracheques do autor o pagamento das parcelas intituladas "GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO" (até dezembro de 2013) e "GRAT. DE FUNÇÃO PROPORC." (a partir de janeiro de 2014), o que comprova que a reclamada pagava ao obreiro a incorporação da gratificação de função.

Desta feita, determino o pagamento, quanto ao período a partir de julho de 2012, das diferenças entre os valores pagos a título de "gratificação de função" ou "grat. de função proporcional", conforme os contracheques, e o valor de R\$8.510,02 (90% de R\$ R\$9.455,58, valor reconhecido como devido a título de gratificação de função quando do exercício da função gratificada), incluindo-se na condenação as parcelas vincendas (art. 323 do CPC/2015) - deve passar a ser pago, a título de gratificação incorporada, o valor de R\$8.510,02, além das diferenças apuradas até a data da liquidação -, bem como reflexos em PLRs, férias, gratificações de férias, abonos de férias, abonos salariais, 13º salários, FGTS e contribuição previdenciária.

Dou parcial provimento.

HORAS EXTRAS - CARGO DE CONFIANÇA E HORAS "IN ITINERE"

O d. Juízo monocrático, considerando que o reclamante não se desincumbiu de seu ônus de demonstrar que a remuneração do cargo de confiança era inferior a 40% daquela

anteriormente recebida antes da promoção, indeferiu o pedido de horas extras e reflexos, inclusive o pedido de horas "in itinere".

Inconformado, o autor recorre, alegando que é da 1ª reclamada o ônus de provar que com o cargo de gerência houve majoração mínima de 40% da remuneração. Aduz que o fato constitutivo do seu direito foi provado - extrapolação de jornada, além de trabalho em local não servido por transporte público e condução fornecida pelo empregador, cabendo à empregadora demonstrar fato impeditivo.

Assevera que fez prova de que "o cargo de gerência não implicou majoração salarial mínima de 40%, seja por falta de aumento do salário nominal, seja por gratificação de função em valor inferior a 40% do salário".

Requer, assim, o pagamento de horas extras e, em sede de eventualidade, pleiteia a condenação ao pagamento da gratificação de função faltante para se atingir os 40%, bem como a não aplicação do art. 62, II, da CLT, por ser inconstitucional.

Pois bem.

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

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

Por seu turno, a CLT, exclui do regime de duração do trabalho duas figuras: a do trabalhador exercente de atividades externas (art. 62, I) e a dos gerentes ou exercentes de cargos de gestão (art. 62, II), exigindo, em ambos os casos, a ausência de controle.

O tipo legal previsto no art. 62, II, da CLT exige dois requisitos, um de ordem objetiva, dispondo que a diferença salarial em favor do cargo de confiança não seja inferior a 40% do salário efetivo, e outro, de caráter subjetivo, consistente no exercício efetivo de poder de mando e gestão.

O eminente Ministro Maurício Godinho Delgado sintetiza com propriedade a figura jurídica (Curso de Direito do Trabalho, editora LTr, 8.^a edição, p. 336):

"Em síntese, pode-se considerar que ocorreu clara redução dos antigos requisitos do cargo/função de confiança do art. 62 da CLT, para apenas dois: elevadas atribuições e poderes de gestão (até o nível de chefe de departamento ou filial); distinção remuneratória, à base de, no mínimo, 40% a mais do salário do cargo efetivo (considerada a gratificação de função, se houver)."

Tal situação constitui fato impeditivo do direito do autor, daí porque o ônus de sua prova pertence à reclamada, a quem incumbia demonstrar nos autos que a remuneração paga ao reclamante tinha sido diferenciada, ou seja, superior, no mínimo em 40%, ao salário do respectivo cargo efetivo ocupado anteriormente.

Todavia, considerando o tópico anterior, no qual restou fixado o direito à gratificação de função no importe de R\$9.455,58, resta claro que tal parcela ultrapassou 40% da remuneração que o autor auferia antes da promoção, conforme demonstra, por exemplo, o contracheque referente ao mês de janeiro de 2010 (fl. 610), o qual indica como salário nominal o valor de R\$11.800,00, podendo-se observar, assim, que a gratificação de função devida ao autor eleva sua remuneração quase ao dobro do salário básico.

Ressalto que mesmo se ao salário nominal fosse acrescido o adicional de transferência de R\$2.966,55 e o adicional por tempo de serviço no valor de R\$593,31, pagos ao reclamante no mês em análise, totalizando R\$15.359,86, tem-se que o valor de R\$9.455,58 continua correspondendo a um incremento maior que 40%.

Logo, concluo que o reclamante estava inserido na exceção do art. 62, II, da CLT,

não fazendo jus às horas extras pleiteadas, inclusive àquelas concernentes ao tempo de percurso (horas "in itinere").

Destaco que o dispositivo legal acima transcrito não confere, obviamente, o direito a uma gratificação de 40% a todo empregado que exerça cargo de gestão. O que o parágrafo único do art. 62 diz é apenas que, havendo a gratificação, esta também deve ser levada em conta para a verificação do acréscimo salarial necessário para que o exercente de cargo de confiança deixe de se sujeitar ao regime previsto no capítulo celetista sobre a duração do trabalho.

Por fim, não há falar em inconstitucionalidade do art. 62 da CLT. Na verdade, o dispositivo em questão foi criado não com o intuito de discriminação, o que violaria o art. 5º, "caput" e 7º, XII e XVI da CF/88, mas com a finalidade de estabelecer um critério prático: a função que não permite controle de jornada torna impossível aferir o efetivo tempo ordinariamente trabalhado, e, por conseguinte, não permite a averiguação da prestação de horas de sobrelabor, de sorte que sobre este empregado não incidem as normas sobre jornada. Trata-se de simples presunção jurídica, e não de exclusão, tanto que se demonstrado pelo empregado que havia possibilidade de fiscalização e controle das horas trabalhadas, o que não foi o caso, tal presunção fica elidida e passam a ser aplicadas as regras sobre duração da jornada.

Nego provimento.

JUSTIÇA GRATUITA

O reclamante insiste no deferimento dos benefícios da justiça gratuita.

Analiso.

Presume-se que os benefícios da justiça gratuita são devidos ao obreiro que, por simples afirmação, declare não se encontrar em condições de arcar com as despesas do processo sem prejuízo do sustento próprio e de sua família (OJ 304 da SBDI-I do TST).

No mesmo sentido, o art. 790, § 3º, da CLT, com a redação que lhe foi dada pela Lei 10.537/2002, estabelece ser facultado aos Juízes concederem, de ofício ou a requerimento, os benefícios da Justiça Gratuita aos empregados que declarem estar sem condições de arcar com as despesas do processo, ainda que percebam salário superior ao dobro do mínimo legal.

No caso em apreço, o reclamante declarou expressamente que se encontra sem condições de arcar com as despesas do processo.

Todavia, a presunção relativa de veracidade que acoberta tal declaração foi elidida por prova em contrário, na medida em que a análise dos últimos holerites que instruem o feito permite constatar que os seus ganhos regulares no ano anterior à propositura da presente demanda (ajuizada em janeiro de 2015) correspondiam a aproximadamente R\$11.000,00 líquidos mensais (constando no contracheque do mês 09/2014 o valor líquido auferido de R\$31.470,06), sendo que no mês anterior à propositura da ação auferiu o salário bruto de R\$28.310,11, e líquido de R\$14.037,12, quantia que se incompatibiliza com o alegado estado de miserabilidade jurídica.

Nego provimento.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O reclamante insiste no deferimento do pedido de honorários advocatícios.

Sem razão.

A par da capacidade postulatória, isto é, a possibilidade que empregado e empregador possuem de demandar pessoalmente (art. 791 da CLT), insere-se entre as peculiaridades do processo trabalhista o não pagamento de honorários de mera sucumbência quando a lide decorre de relação de emprego. Nessas situações, a referida obrigação possui caráter assistencial e sua disciplina encontra regência no 14, § 1º, da Lei 5.584/70, cujo teor resta sintetizado na Súmula 219 do TST.

Apenas as demandas que não têm origem na relação de emprego atraem a incidência do regramento geral, insculpido no art. 85 do CPC/2015, o qual condiciona a discutida condenação à simples sucumbência do adversário processual.

Esse o entendimento consolidado pela Suprema Corte Trabalhista, a partir da interpretação dos dispositivos pertinentes, conforme art. 5º da Instrução Normativa 27/2005. A conferir:

"Art. 5º Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência".

A controvérsia que se instala nos presentes encontra origem justamente na relação de emprego, na qual só é possível honorários assistenciais à parte reclamante que se encontre assistida por advogado de sua entidade sindical.

Outrossim, a partir da análise do caderno processual, percebo que o reclamante não foi assistido por advogado do sindicato representante de sua categoria, fato esse que constitui óbice para o pagamento da referida verba, consoante o disposto na Súmula 219, item I, do TST.

Isso posto, nego provimento.

FUNÇÃO ACESSÓRIA (MATÉRIA COMUM A AMBOS OS RECURSOS)

O d. Juízo a "quo" condenou a 1ª reclamada ao pagamento da função acessória, nos seguintes termos:

"Assim, defiro o pedido do reclamante de recebimento do valor da chamada função acessória, cuja apuração deverá observar as planilhas de km rodados que instruíram a inicial (ID 7dae2cc), o limite máximo de 4.050km/mês, os valores por km definidos pelas cláusulas 21ª dos ACTs 2009/2010 e 2010/2011 e 18ª dos ACTs 2011/2012 e 2012/2013) e o período de janeiro de 2009 até agosto/2012.

Defiro, ainda, reflexos em 13º salários, férias + 1/3, FGTS e ATS (item 3.8 do módulo 7.6 do Manual de Pessoal de Furnas" (fl. 1633).

A 1ª reclamada se insurge contra a r. decisão, alegando que o marco prescricional, 19/01/2010, foi desrespeitado, e que a obrigação de pagar a respectiva parcela foi instituída por norma coletiva somente nos anos de 2010 a 2013.

Aduz que o reclamante dispunha de transporte coletivo, bem como de veículo e motorista a sua disposição, sendo que a opção do empregado de conduzir ele próprio o veículo afasta a obrigação de pagamento da função acessória.

Caso seja mantida a condenação, requer seja considerado o fato de que o obreiro retornou em março de 2012, sendo que a partir de então não mais laborou junto à obra da "UHE-Batalha", conforme demonstram os documentos de ID 7dae2cc, pág. 31.

Por sua vez, o autor alega que a r. sentença foi omissa ao não pronunciar acerca do pedido de reflexos em participação nos lucros, abono salarial de 7,5% e abono de férias. Aduz, ainda, que embora concedido reflexos em férias, não foi analisado o pedido de deferimento do adicional de 75% das férias.

Destaca que ambas as omissões foram apontadas em sede de embargos de declaração, entretanto, não foram sanadas.

Examino.

Na exordial o autor explicou que em janeiro de 2009, quando laborava na obra da "UHE-Batalha", passou a dirigir veículo da empresa desde a base onde estava estabelecido até a obra. Informou que a base era a cidade de Cristalina/MG, sendo que em outubro de 2011 passou a ser Pires do Rio, onde permaneceu até março de 2012. Acrescentou que nos meses de maio a agosto de 2012 viajou de Goiânia até a Chapada dos Guimarães.

Diante disso, afirmou que "segundo o Manual de Pessoal de Furnas, no módulo 7.6, item 2, constitui 'Função Acessória' a 'responsabilidade atribuída ao empregado, não classificado como motorista, de conduzir, em área externa às instalações de FURNAS, veículo da Companhia ou por ela alugado, para o exercício de suas atividades'. Já o item 3.2 do mesmo módulo prevê que 'O pagamento do benefício será calculado com base no número total de quilômetros percorridos pelo empregado, limitado a 4.050 (quatro mil e cinquenta) km por mês, e no valor atribuído ao quilômetro rodado, conforme Anexo I'" (fl. 49).

Alegou que a função acessória, entretanto, nunca lhe fora paga, sendo que somente foi reembolsado do combustível, conforme quilometragem marcada por ele próprio. Requereu, assim, o pagamento da função acessória de janeiro de 2009 a agosto de 2012, correspondente a 136.880 quilômetros.

Já em sua defesa, a 1ª reclamada aduziu que o reclamante permaneceu alojado no canteiro de obras e que ainda possuía motorista à sua disposição, sendo que as planilhas por ele juntadas, por não se referirem aos formulários específicos (BOLETIM DIÁRIO DE TRANSPORTE) para indicação de distâncias percorridas, são inválidas, e nem ao menos representam a realidade. Acrescentou, por fim, que o pedido de pagamento de função acessória é diametralmente oposto ao pedido de pagamento de horas "in itinere".

Sobre o tema, a única testemunha ouvida assim declarou:

"Que trabalha na primeira reclamada desde 1987; que participou da obra de construção da AHE-Batalha, no período de agosto de 2008 até setembro de 2013; que o autor trabalhou na obra, sendo que não ficava no alojamento; que inicialmente o autor residiu em Cristalina e depois passou a residir em Pires do Rio; que o autor utilizava um veículo passeio modelo Gol, locado e fornecido pela primeira reclamada para se deslocar até o canteiro de obras; que neste deslocamento o autor não tinha motorista disponível, sendo que ele mesmo dirigia o veículo; que normalmente o veículo era utilizado apenas para o autor, sendo que eventualmente poderia dar carona quando solicitado por algum empregado; que a reclamada fornecia ônibus para transportar os empregados de nível médio e operacional e engenheiros que não eram chefes para se deslocar da cidade para o canteiro de obras, tanto em Cristalina quanto em Pires do Rio" (destaquei - testemunha JOSIVA MIRANDA COSTA, fl. 1611).

Restou incontroverso nos autos que o autor laborou na obra denominada "UHE-Batalha", na cidade de Paracatu/MG até março de 2012. Incontroverso também que o obreiro não recebeu nenhum valor referente à função acessória.

Apesar da negativa da 1ª reclamada, o depoimento testemunhal demonstrou que o reclamante não permaneceu em alojamento nas redondezas da construção, mas num primeiro momento na cidade de Cristalina e posteriormente em Pires do Rio. Ademais, a testemunha também confirmou o fato de que o reclamante não possuía motorista a sua disposição, sendo que dirigia veículo fornecido pela empregadora até o canteiro de obras para prestar seus serviços.

As normas coletivas da categoria do autor juntadas aos autos, com vigência a partir de 01/05/2009, dispõem sobre o pagamento da função acessória, sendo que o valor a ser pago conforme a quilometragem rodada foi sendo alterado nos ACTs posteriores. Conforme a cláusula 21ª do ACT 2009/2010 (fls. 894/895):

"CLÁUSULA 21ª - FUNÇÃO ACESSÓRIA

A Empresa compromete-se a remunerar a Função Acessória, consistente em dirigir veículo da Companhia pelo empregado, fora das áreas industriais, durante ou para o exercício de sua atividade principal.

a) Valores praticados até dezembro de 2009:

O custo do quilômetro rodado fica fixado em R\$ 0,455 para os primeiros 600 (seiscentos) quilômetros rodados e R\$ 0,137 para cada quilômetro que ultrapassar esse limite, limitado a 4.500 (quatro mil e quinhentos) km / mês, por empregado.

b) Valores praticados a partir de janeiro/2010:

O custo do quilômetro rodado fica fixado em R\$ 0,409 para os primeiros 600 (seiscentos) quilômetros rodados e R\$ 0,123 para cada quilômetro que ultrapassar esse limite, limitado a 4.050 (quatro mil e cinquenta) km / mês, por empregado".

Observo que, conforme deixa expresso a norma, não apenas a direção durante as atividades do autor, mas também "para" essas, no que se inclui o trajeto para o local de trabalho, dá ensejo à função acessória. E não há confusão ou incompatibilidade entre este pedido e o pleito de horas "in

itinere", porquanto o fato gerador do direito à "função acessória" não é, a rigor, o tempo de percurso, identificando-se, sim, com os quilômetros rodados em veículo da empresa dirigido pelo próprio trabalhador.

Destarte, concluo que o autor faz jus aos valores correspondentes à função acessória enquanto esteve trabalhando no canteiro de obras da "UHE-Batalha".

No que se refere à prescrição, destaco que o d. Juízo de origem, em capítulo da sentença intitulado "DA PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO", afirmou que quanto às matérias por ele analisadas, recairá a prescrição quinquenal, contada da propositura da ação, em 19/01/2015, estando prescritos os eventuais créditos anteriores a 19/01/2010. Entretanto, o d. magistrado, ao condenar ao pagamento da função acessória, foi expresso ao indicar que o pagamento deverá abranger o período de janeiro de 2009 até agosto de 2012, olvidando do marco prescricional, razão pela qual a condenação deve ser reduzida, sendo devida a verba em questão somente a partir de 19/01/2010.

Prosseguindo, tendo em vista que o autor não fez prova de que se deslocava de Goiânia para a cidade Chapada dos Guimarães dirigindo veículo da 1ª reclamada, limito a condenação até março de 2012, último mês em que consta nas planilhas do reclamante que se deslocou da cidade onde fixou residência até a construção da "UHE-Batalha", conforme demonstram as planilhas juntadas às fls. 841/883.

Quanto aos reflexos da função acessória, vislumbro que o d. magistrado de primeiro grau analisou tais pedidos na r. sentença, pois ao decidir sobre a matéria em questão, se referiu ao item 3.8 do módulo 7.6 do Manual de Pessoal, que prevê o seguinte:

"3.8. Os pagamentos referentes ao 13º salário, Aviso Prévio, Férias e Indenização por Tempo de Serviço serão efetuados com base no valor médio pago ao empregado pelo exercício da Função Acessória, observados os critérios de cálculo vigentes" (fl. 885)

Outrossim, considerando que a referida verba não é prevista em lei, mas unicamente em norma coletiva e regulamentada por regimento interno da empresa, e tendo em vista que este prevê reflexos somente em 13º salário, aviso-prévio, férias e indenização por tempo de serviço,

correta a r. sentença que não deferiu o pedido de reflexos em PLR, abono salarial, abono de férias e adicional de 75% de férias.

Esclareço que a gratificação de férias (adicional de 75%) não consubstancia mera majoração do terço constitucional, mas sim uma parcela extra, prevista nas normas coletivas da categoria do reclamante. Não se tratando de verba prevista em lei, não se pode inferir que o Manual de Pessoal, ao determinar que a função acessória reflete sobre as férias, teve a intenção de incluir a gratificação de férias.

Isto posto, reformo a r. sentença apenas para delimitar o período da condenação, que deverá se dar de 19/01/2010 (marco prescricional) a março de 2012.

Dou parcial provimento ao recurso da 1ª reclamada e nego provimento ao apelo obreiro.

ADICIONAL PROVISÓRIO DE TRANSFERÊNCIA (RECURSO DA 1ª RECLAMADA - MATÉRIA REMANESCENTE)

O d. Juízo de primeiro grau, entendendo que o obreiro faz jus ao adicional de transferência ao longo de todo o período em que esteve trabalhando na obra "UHE-Batalha", e não somente de 13/08/2008 a 12/02/2010 (18 primeiros meses), condenou a 1ª reclamada ao pagamento do adicional provisório de transferência (APT) de 13/02/2010 a 02/06/2012, bem como dos reflexos nas parcelas salariais e em FGTS, conforme item 3.5 do Manual de Pessoal de Furnas. Ademais, o d. magistrado determinou o pagamento de reflexos do APT sobre as parcelas salariais e FGTS no período em que este adicional foi pago pela 1ª ré (13/08/2008 a 12/02/2010 e 09/2014 em diante).

Insurge-se a 1ª reclamada contra a condenação, alegando que efetuou corretamente o pagamento do adicional de transferência, conforme demonstram os comprovantes em anexo, e que o deferimento do APT por mais de 18 meses feriu seu regulamento, que prevê o pagamento de adicional regional de transferência, caso o empregado tenha direito ao APT, somente depois de decorrido o período de concessão deste último. Afirma que o reclamante recebeu o ART a partir de 14/02/2010, conforme dispõe sua norma interna, razão pela qual não faz jus o obreiro ao pagamento do APT desta data em diante.

Em sede de eventualidade, requer a compensação dos valores pagos a título de ART (20% sobre o salário nominal) e que seja considerado que o último dia trabalhado pelo autor na obra "UHE-Batalha" foi em 30/03/2012 e não em 02/06/2012, como entendeu o d. magistrado.

Examino.

Na exordial, o reclamante alegou que apesar de ter sido transferido para a obra "UHE-Batalha", de 13/08/2008 a 02/06/2012, o adicional de transferência somente lhe foi pago por 18 meses, ou seja, até 12/02/2010, conforme previsão do item 3.1 do módulo 7.7 do Manual de Pessoal de Furnas. Entretanto, aduziu o autor que o regulamento viola a norma celetista, pois o art. 469, §3º, da CLT determina que o adicional será pago enquanto a transferência existir.

O autor pleiteou ainda, tanto no período em que foi quitado o APT (13/08/2008 a 12/02/2010) como no período em que este deixou de ser pago (13/02/2010 a 02/06/2012), fosse adotada como base de cálculo a totalidade das parcelas de natureza salarial, e não somente o salário nominal, conforme dispõe o item 3.3 do módulo 7.4 do Manual de Pessoal de Furnas, pois o art. 469, §3º da CLT prevê que o adicional de transferência será pago sobre "os salários que o empregado recebia".

O adicional de transferência, previsto no art. 469 da CLT, é devido nos casos em que o empregado é transferido em caráter provisório para localidade diversa da que resultar do contrato, ainda que exerça cargo de confiança (OJ 113 da SDI-1 do TST), desde que importe, necessariamente, em mudança de seu domicílio.

Restou comprovado, conforme analisado no tópico anterior, que o reclamante não ficou alojado no canteiro de obras da "UHE-Batalha" e que teve que se mudar para a cidade de Cristalina e, posteriormente, para a cidade de Pires do Rio para poder exercer suas atividades laborais.

Apesar de o obreiro ter trabalhado na respectiva construção por mais de 03 anos, constato que a transferência denotou caráter transitório, pois evidente que o autor, que exercia a função de engenheiro, permaneceria no canteiro de obras somente até que estas fossem concluídas.

Tendo em vista que o autor foi transferido em caráter provisório para trabalhar em outro local, acarretando na mudança de domicílio, este faz jus ao pagamento do adicional da transferência.

O Manual de Pessoal de Furnas assim dispõe sobre a parcela em questão:

"3. ADICIONAL PROVISÓRIO DE TRANSFERÊNCIA - APT

3.1. O Adicional Provisório de Transferência - APT é o pagamento suplementar ao salário concedido ao empregado, por um período até 18 (dezoito) meses, em decorrência de transferência de localidade, por determinação da Companhia.

3.1.1. Caso o empregado retorne ao local de origem da transferência antes do prazo de 60 (sessenta) meses, não será devido um novo adicional.

3.1.2. A transitoriedade da transferência será caracterizada pelo período até 18 (dezoito) meses, após o qual a mudança de local se torna definitiva.

3.1.3. Caso a transferência ocorra por exclusivo interesse do empregado não será concedido o APT, e esta só será efetivada após a emissão de uma solicitação, onde o empregado declara expressamente o seu interesse, conforme modelo no Anexo III, que deverá ser encaminhada ao DAP.G.

3.2. Após o recebimento do formulário Alteração de Efetivo de Pessoal - ALE aprovado, o DAP.G deverá conceder o Adicional.

3.3. O valor do APT corresponderá a 25% (vinte e cinco por cento) do salário nominal do empregado.

3.4. O pagamento do APT será efetuado mensalmente e será devido a partir do mês correspondente ao início da efetivação da transferência do empregado.

3.4.1. Será proporcional aos dias de vigência, nos meses de início e término da concessão do benefício.

3.4.2. Não será considerada a frequência do empregado, exceto nos casos de licença sem vencimentos e de aposentadoria provisória.

3.5. O APT não gerará direito à vantagem ou à incorporação deste adicional ao salário do empregado, constituindo-se, porém, base de incidência para contribuição de Imposto de Renda, Previdência Social, FGTS e, também, da FRG para o empregado participante do Plano de Contribuição Definida - CD.

3.6. O APT não será concedido quando o empregado transferido, ocupar imóvel residencial, hospedagem ou hotel fornecido por FURNAS.

3.7. Os critérios sobre este Adicional estão adequados às disposições contidas no artigo 469 §3º da CLT.

4. ADICIONAL REGIONAL TEMPORÁRIO - ART

4.1. O Adicional Regional Temporário - ART é o pagamento suplementar ao salário concedido ao empregado transferido para localidade que apresente dificuldade para fixação de pessoal, vedado ao empregado que for recrutado no local.

(omitido)

4.5. O pagamento do ART será efetuado mensalmente e será devido a partir do mês correspondente à efetivação da transferência do empregado.

4.5.1. Caso o empregado tenha direito ao Adicional Provisório de Transferência - APT, o ART será devido somente depois de decorrido o período de concessão do APT, considerada a exceção prevista no Anexo II" (destaquei - fls. 1137/1138).

O art. 469, §3º, da CLT não deixa dúvidas quanto ao fato de que o adicional, no importe de 25%, será devido enquanto durar a situação de transferência. Assim, em virtude do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, tem-se que a norma interna da 1ª ré, ao limitar o pagamento da respectiva parcela por até 18 meses, se revela nula de pleno direito, nos moldes do art. 9º da norma celetista, razão pela qual deverá o autor perceber o adicional de transferência ao longo de todo o período em que esteve prestando serviços na obra da "UHE-Batalha".

Portanto, não há falar em violação ao Manual de Pessoal de Furnas, pois mesmo que o autor tenha recebido o adicional regional de transferência a partir do 19º mês de trabalho em local diverso do contratado, este também fazia jus ao pagamento do adicional provisório de transferência, tendo em vista determinação legal, a qual não pode ser derogada por norma interna da empresa.

Avançando, apesar de não ter a 1ª reclamada alegado na contestação que o autor laborou na obra da "UHE-Batalha" em tempo inferior ao indicado pelo obreiro, presumindo-se assim que a transferência do reclamante tenha perdurado até 02/06/2012 (como consta na inicial), as provas acostadas aos autos pelo autor permitem concluir de modo diferente. Conforme analisado no tópico antecedente, as planilhas elaboradas pelo reclamante, das quais constam o montante dos quilômetros

percorridos de sua residência até o local de trabalho, finalizam na data de 30/03/2012, sendo que no mês de abril não mais há registros de deslocamento até o canteiro de obras.

Ademais, o autor deixou claro na exordial que enquanto trabalhava na construção em questão, residiu em Cristalina/MG até setembro de 2011, sendo que após esta data passou a morar em Pires do Rio, local onde permaneceu até março de 2012 (fl. 48). Além disso, ao pedir o pagamento da função acessória, o empregado informou que de maio a agosto de 2012 viajava de Goiânia para Chapada dos Guimarães, o que permite inferir que não mais se encontrava residindo nas redondezas da "UHE-Batalha".

Quanto à base de cálculo, o art. 469, §3º, da CLT, dispõe que o adicional de transferência deve incidir sobre "os salários" do empregado, ou seja, sobre todas as parcelas de natureza salarial por ele auferidas, assim, conforme os mesmos fundamentos apontados acima, não pode prevalecer a norma interna da 1ª reclamada que limita o direito do empregado ao determinar a incidência do índice de 25% somente sobre o salário nominal do reclamante. Correta, portanto, a r. sentença que determinou o pagamento dos reflexos do adicional em questão sobre o montante das parcelas salariais, não só no período em que o APT foi deferido por decisão judicial, mas inclusive no que tange ao período em que o adicional foi pago pela 1ª ré.

Por fim, ressalto que não cabe a dedução dos valores pagos a título de adicional regional de transferência (ART), seja porque o requerimento não consta da contestação (tratando-se, portanto, de inovação), seja porque o ART não tem o mesmo fundamento do adicional de transferência, pois aquele não pressupõe a transitoriedade da transferência, mas sim permanência, ainda que definitiva, em local de difícil fixação de pessoal. A provisoriedade, por seu turno, é circunstância que, a par de presente no caso, enseja especificamente o adicional de transferência.

Isto posto, reformo a r. sentença apenas para limitar o pagamento do adicional provisório de transferência, que deverá se dar até março de 2012.

Dou parcial provimento.

Conclusão do recurso

Conheço dos recursos ordinários interpostos pelo reclamante e pela 1ª reclamada, rejeito a preliminar aviada pelo autor e, no mérito, dou-lhes parcial provimento, nos termos da fundamentação supra.

Em razão do acréscimo, arbitro novo valor à condenação, no importe de R\$100.000,00, sobre o qual incidem custas pelas reclamadas, no montante de R\$2.000,00, parcialmente recolhidas.

É o meu voto.

ACÓRDÃO

ISTO POSTO, acordam os membros da 2ª Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, em sessão ordinária hoje realizada, por unanimidade, conhecer de ambos os recursos, rejeitar a preliminar suscitada pelo reclamante e, no mérito, dar-lhes parcial provimento, nos termos do voto do relator. Presente na tribuna para sustentar oralmente as razões do recurso obreiro a Dra. Tatiana Riemann Costa e Silva.

Participaram do julgamento os Excelentíssimos Desembargadores PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO FILHO (Presidente), DANIEL VIANA JÚNIOR e PAULO PIMENTA. Presente na assentada de julgamento o d. representante do Ministério Público do Trabalho.

(Sessão de julgamento de 29.06.2017)

PAULO PIMENTA
Relator