



PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO TRIBUNAL REGIONAL DO
TRABALHO DA 1ª REGIÃO 10ª Turma

PROCESSO nº 0010889-14.2013.5.01.0322 (RO)

**RECORRENTE: ANDRE LUIZ DE PADUA AUGUSTO,
BRASPRESS TRANSPORTES URGENTES LTDA**

**RECORRIDO: ANDRE LUIZ DE PADUA AUGUSTO, BRASPRESS
TRANSPORTES URGENTES LTDA**

RELATOR: MARCELO ANTERO DE CARVALHO

EMENTA

DANO MORAL. REALIZAÇÃO DE TESTE DE TEOR ALCOÓLICO. Por expressa disposição legal (ART. 235-B da CLT), a obrigação de se submeter a teste de bafômetro se restringe ao motorista profissional, função que não era exercida pelo autor, o qual fora contratado para ser "ajudante de tráfego", como consta em seu registro funcional, função que não justifica a realização de exames para aferição de nível alcoólico no sangue. Assim, restando incontroverso que o reclamante era submetido a tal exame de teor alcoólico, resta patente a violação aos seus direitos fundamentais à intimidade e privacidade (art. 5º, X, da CF), causando-lhe indubitável dano moral passível de indenização. Apelo da ré a que se nega provimento.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **recurso ordinário**, oriundos da MM. 1ª Vara do Trabalho de Queimados, em que são partes as acima indicadas.

A sentença de primeiro grau (Id. f5ff277), da lavra da Excelentíssima Juíza do Trabalho CAROLINA ORLANDO DE CAMPOS, julgou procedente, em parte, o feixe de pedidos do autor, condenando a ré no pagamento de indenização por danos morais.

A ré apresentou recurso ordinário (Id. c7724f2), pleiteando a reforma do julgado com relação aos danos morais.

O autor, por sua vez, também interpôs recurso ordinário (Id. 8332ca2) requerendo a reforma do julgado com relação às horas extras e ao acúmulo de função.

O autor apresentou contrarrazões do autor e da ré (respectivamente, Id's c5544ab e 9d2fc55), sem preliminares.

Não houve remessa ao Ministério Público do Trabalho, considerando-se a Lei Complementar nº 75/1993 e o Ofício PRT/1ª Região nº 214/13-GAB, de 11/03/2013.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Conheço do recurso ordinário porque preenchidos os pressupostos de admissibilidade (Id. 478699b).

MÉRITO DO RECURSO DA RÉ

DANOS MORAIS

Alega a ré que merece reforma o julgado no que tange à indenização por danos morais. Alega que a realização do teste do bafômetro no autor não dá ensejo à dano moral, pois está de acordo com o art. 235-B da CLT. Diz que o teste era realizado não apenas nos motoristas mas também nos ajudantes que os acompanhavam.

Em sua peça vestibular, o autor afirmou que era obrigado a realizar o teste do bafômetro, sob pena de demissão.

O Juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido de indenização por danos morais relativo à obrigatoriedade de realizar o teste do bafômetro, por entender que houve violação aos direitos fundamentais e intimidade e privacidade.

Passo a julgar.

No art 235-B da CLT, indicado pela ré como fundamento para afastar a sua condenação por danos morais, está expressamente previsto que:

*Art. 235-B. São deveres do **motorista profissional**:(Incluída pela Lei nº 12.619, de 2012)*

(...)

II - conduzir o veículo com perícia, prudência, zelo e com observância aos princípios de direção defensiva; (Incluída pela Lei nº 12.619, de 2012)

III - respeitar a legislação de trânsito e, em especial, as normas relativas ao tempo de direção e de descanso; (Incluída pela Lei nº 12.619, de 2012)

IV - zelar pela carga transportada e pelo veículo; (Incluída pela Lei nº 12.619, de 2012)

(...)

VII - submeter-se a teste e a programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica, instituído pelo empregador, com ampla ciência do empregado. (Incluída pela Lei nº 12.619, de 2012)

Parágrafo único. A inobservância do disposto no inciso VI e a recusa do empregado em submeter-se ao teste e ao programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica previstos no inciso VII serão consideradas infração disciplinar, passível de penalização nos termos da lei. (Incluída pela Lei nº 12.619, de 2012) -grifos nossos.

Portanto, por expressa disposição legal, a obrigação de se submeter a teste de bafômetro se restringe ao motorista profissional, função que não era exercida pelo autor, o qual fora contratado para ser "ajudante de tráfego", como consta em seu registro funcional (Id. 5638225).

A ré confessou que fazia o teste do bafômetro tanto nos motoristas como nos ajudantes, restando incontroverso que o reclamante era submetido a tal exame de teor alcoólico.

Não prospera a alegação da ré de que havia necessidade de realizar os testes nos ajudantes, para que numa eventualidade esses pudessem dirigir os caminhões, no caso de impossibilidade dos motoristas guiarem os caminhões. Isso não justifica a realização de exames para aferição de nível alcoólico no sangue dos ajudantes de motoristas. Neste aspecto, andou bem o Juízo *a quo* ao afirmar que houve violação aos direitos fundamentais à intimidade e privacidade do autor (art. 5º, X, da CF), causando-lhe indubitável dano moral passível de indenização.

A doutrina e a jurisprudência têm entendido que o dano moral decorre de ofensa aos chamados direitos da personalidade, que são os direitos subjetivos absolutos, incorpóreos e extrapatrimoniais, correspondentes aos atributos físicos, intelectuais e morais da pessoa.

Nessa esteira, o dano moral está jungido ao desconforto sentimental do titular do direito ofendido, podendo ser caracterizado por todo sofrimento psicológico

decorrente de aflição, turbacão de ânimo, desgosto, humilhação, angústia, complexos, etc.

A indenização por danos morais destina-se a repelir e prevenir ocorrências futuras similares por parte da ré, bem como proporcionar ao ofendido um atenuante para a dor sofrida. Tudo sem deixar de lado o princípio da razoabilidade, sem tornar o evento danoso vantajoso para o ofendido a ponto de este desejar sua repetição, e sem fixar indenização irrisória a ponto de se traduzir a própria indenização, em nova ofensa ao trabalhador.

Por outro lado, prevalece na doutrina a teoria que aponta para o caráter misto da indenização por danos imateriais: reparação cumulada com punição, considerando-se a teoria do desestímulo. Por certo, é inadmissível a tarifação do dano moral, que seria manifestamente inconstitucional por ferimento ao princípio da igualdade substancial (art. 5º da CF/88).

No entanto, prevem os arts. 944 e 945 do Código Civil de 2002 o que se segue:

"Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização."

"Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano."

Tais critérios auxiliam o julgador na fixação da penalidade que visa, quando possível, a reparação do dano, observando-se o caráter pedagógico-punitivo da indenização, respondendo o empregador pelos atos ilícitos praticados pelos seus agentes.

Portanto, mantenho a sentença de primeiro grau, por entender que o valor de R\$ 3.500,00, arbitrado pelo Juízo de piso a título de indenização por danos morais, atende aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Nego provimento.

GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Requer a ré a reforma do julgado quanto à gratuidade de justiça, uma vez que o autor não comprovou que a sua situação econômica não lhe permite demandar sem prejuízo de seu sustento e de sua família.

Passo a analisar.

Está sedimentado na jurisprudência trabalhista, inclusive na nossa Corte Superior, o entendimento segundo o qual o disposto no artigo 4º da Lei nº 1.060/50 é plenamente aplicável no Processo do Trabalho, bastando para o deferimento da gratuidade de justiça, tão-somente, a declaração da parte.

A Lei nº 7.715/83, que alterou a Lei nº 1.060/50, já havia abolido o atestado de pobreza. Atualmente basta a declaração da parte, até prova em contrário, de que não pode demandar sem prejuízo do seu próprio sustento ou de sua família. Cumprido esse requisito, deve ser concedido o benefício, desde que formulado no prazo para interposição do recurso (TST/OJ nº 269).

Ademais, o estado de pobreza pode sobrevir a qualquer momento.

Como se não bastasse, com a redação dada pela Lei nº 10.537, de 27/08/2002, o artigo 790 da Consolidação das Leis do Trabalho faculta ao Juiz ou Órgão Julgador, a requerimento ou de ofício, reconhecer o benefício da justiça gratuita àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

No caso em comento, o autor declarou sua hipossuficiência (Id. 2693211), requerendo a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça na forma da Lei nº 1.060/50.

Desta forma, mantenho o julgado de primeiro grau neste aspecto, para deferir a gratuidade de justiça ao autor.

Nego provimento.

MÉRITO DO RECURSO DO AUTOR

ACÚMULO DE FUNÇÃO

Alega o autor que merece reforma a sentença de primeiro grau quanto ao acúmulo de função, sob a alegação de exercia a função de conferente juntamente com a de ajudante de tráfego.

Em sua defesa, a ré não nega que o autor exercesse as aludidas funções, limitando-se a afirmar que não há amparo legal para que lhe seja deferida diferença salarial pelo acúmulo de funções.

Vejamos.

Restou incontroverso, pela confissão da ré, que o autor exercia as funções de conferente e ajudante de tráfego.

De outro lado, quanto ao acúmulo de funções, a questão deve ser analisada de acordo com o Princípio da Primazia da Realidade, aferindo-se pelas provas produzidas nos autos se realmente há o direito ao pagamento de diferenças salariais, em virtude do acúmulo de função alegado.

Nesta senda, não há dispositivo de lei que imponha ao empregador remunerar o acúmulo de atribuições realizadas pelo empregado dentro da jornada legal de trabalho. O parágrafo único do artigo 456 da CLT presume que o trabalhador *"se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal"*.

No caso em exame, o contrato de trabalho celebrado entre as partes (Id. 5638225), trata-se de um contrato de experiência padrão, onde consta que o mesmo foi contratado para o cargo de ajudante de tráfego. Entretanto está expresso na cláusula quinta do aludido contrato de trabalho:

*"5. Obriga-se o empregado, além de executar com dedicação e lealdade o seu serviço, cumprir o Regulamento Interno da Empregadora, **as instruções de sua administração e as ordens de seu chefe e superiores hierárquicos, relativas as peculiaridades dos serviços que lhes foram confiados.**"*

Assim, quanto ao alegado acúmulo de funções, não consta que o obreiro, na admissão, tenha se insurgido contra a possibilidade de acúmulo de funções relacionadas ao cargo de ajudante de tráfego, não havendo, por conseguinte, fundamento legal para impor ao empregador o pagamento de duplo salário pelo acúmulo de função.

Não se pode partir da premissa de que o empregado é um incapaz, em que pese seja a parte hipossuficiente na relação de emprego. Sendo uma pessoa capaz, as suas manifestações de vontade só são passíveis de anulação no caso de vício (art. 171 do Código Civil), o qual deve ser provado nos autos, o que não ocorreu no caso em tela.

Cumprido destacar, ainda, que o ajudante de caminhão, que é o responsável pela carga e descarga deste, ao fazer a conferência das cargas do caminhão não

extrapola as suas funções, o que afasta a possibilidade de diferenças salariais pleiteadas pelo reclamante.

Desta forma, não há reparos a serem feitos na sentença de primeiro grau neste aspecto.

Nego provimento.

HORAS EXTRAS

Por fim, pretende o autor a reforma do julgado com relação ao pagamento de horas extras, posto que restou provado pela perícia contábil que este recebeu valor menor que o devido a este título. Além disso a impugnação da ré aos respectivos cálculos apresentados foi genérica.

Em sua peça vestibular, o reclamante informou que foi contratado para laborar de segunda a sexta, das 06:00 às 18:00 horas, mas na maioria dos dias o seu horário se estendia até as 19:00/20:00/21:00/22:00/23:00 e aos sábados das 06:00h às 14:00/15:00/16:00, sem intervalo para descanso e refeição. Além disso, laborava todos os feriados nacionais, estaduais e municipais, sem que para tanto recebesse o pagamento do adicional de 100%, motivo pelo qual requer a condenação da reclamada ao pagamento dos mesmos. Assevera que apesar de constar o pagamento de horas extras nos contra cheques, estas sempre foram pagas a menor, não refletindo a quantidade real de horas laboradas.

Na contestação, a ré esclarece que o reclamante laborou de segunda a sexta-feira, das 07:00 às 16:00 horas, sempre com 1:00 hora de intervalo, e aos sábados, das 07:00 às 11:00 horas. Aduz que as horas extras eventualmente laboradas já foram quitadas.

Passo a julgar.

Em seu depoimento pessoal o autor informou horário menor do que aquele indicado na exordial (Id. a2e830f):

"(...) que seu horário de trabalho era das 7h às 15h45, de segunda a sábado; que não trabalhava aos domingos; que trabalhou em alguns feriados, não se recordando de quais; que nos feriados o horário era o mesmo; que batia o ponto corretamente, na hora de chegar e na hora de ir embora que quanto ao intervalo intrajornada, como o

reclamante era externo, ele mesmo se organizava, não havendo controle, podendo o trabalhador tirar mais de 1 hora de intervalo se desejasse."

A prova testemunhal, por sua vez, afirmou que:

"(...) que trabalhou na reclamada entre junho de 2011 e julho de 2012 que trabalhava de segunda a sábado, das 7h as 16h (ao sábados somente até as 11h), sempre passando das 16h, que não trabalhava aos domingos e nos feriados somente quando necessário (...)"

O autor, ao impugnar os controles de ponto acostados aos autos pela ré, atraiu para si o ônus da prova, do qual conseguiu se desincumbir apenas parcialmente, haja vista que a prova testemunhal confirmou apenas uma parte das horas extras alegadas na exordial, deixando certo que havia extrapolação do limite constitucional de 44 horas de trabalho semanais, posto que, segundo a testemunha, o reclamante cumpria 8:00 horas de labor de segunda a sábado.

Com relação ao intervalo intrajornada, o autor confessou que, por cumprir sua jornada externamente, tinha a liberdade de gozar tal intervalo no momento que lhe fosse mais conveniente. Assim, improcede o pedido de pagamento de 1:00 hora extra relativa à pausa para descanso e alimentação.

Portanto, reformo a sentença de primeiro grau, julgando procedente o pagamento de horas extras ao autor, laboradas além da 8ª hora diária ou 44ª hora semanal, aplicando-se o adicional de 50% e o divisor 220, em montante a ser apurado em liquidação do julgado.

Pela habitualidade, as horas extras devem repercutir no cálculo do aviso prévio, férias integrais e proporcionais acrescidas de 1/3 constitucional, 13º salários integrais e proporcionais, recolhimentos fundiários com a multa de 40% e repouso semanal remunerado.

Há que se compensar os valores já quitados pela a título de horas extras, sendo devidas ao autor apenas as diferenças daí decorrentes.

Dou parcial provimento.

Ante o exposto, conheço dos recursos ordinários interpostos pelas partes, e, no mérito, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo da ré e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso do autor, para condenar à ré no pagamento de horas extras além da 8ª hora diária ou 44ª

hora semanal, aplicando-se o adicional de 50% e o divisor 220, em montante a ser apurado em liquidação do julgado, com repercussão no cálculo do aviso previo, férias integrais e proporcionais acrescidas de 1/3 constitucional, 13º salários integrais e proporcionais, recolhimentos fundiários com a multa de 40% e repouso semanal remunerado, nos termos da fundamentação acima.

Acórdão

A C O R D A M os Desembargadores da Décima Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, conhecer dos recursos ordinários interpostos pelas partes, e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao apelo da ré e **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso do autor, para condenar à ré no pagamento de horas extras além da 8ª hora diária ou 44ª hora semanal, aplicando-se o adicional de 50% e o divisor 220, em montante a ser apurado em liquidação do julgado, com repercussão no cálculo do aviso previo, férias integrais e proporcionais acrescidas de 1/3 constitucional, 13º salários integrais e proporcionais, recolhimentos fundiários com a multa de 40% e repouso semanal remunerado, nos termos do voto do Exmo. Relator.

Rio de Janeiro, 15 de abril de 2015.

MARCELO ANTERO DE CARVALHO

Desembargador do Trabalho - Relator

Votos