

Utilidades funcionais e salário-utilidade

ARNALDO SÜSSEKIND

- Habitação e transporte fornecidas para a prestação de serviços em frente-de-trabalho.

P A R E C E R

DE

ARNALDO SUSSEKIND

sobre Consulta formulada por SONDOTÉCNICA ENGENHARIA DE SOLOS S/A.

Sumário:

| | | |
|-----|---|------------|
| I | - Da Consulta..... | §§ 1 a 3 |
| II | - Do salário-utilidade e das utilidades funcionais frente ao Direito do Trabalho..... | §§ 4 a 17 |
| III | - Do salário-utilidade e das utilidades funcionais frente à Previdência Social..... | §§ 18 a 25 |
| IV | - Da habitação fornecida aos empregados da Consulente..... | §§ 26 a 37 |
| V | -- Do transporte fornecido aos empregados da Consulente..... | §§ 38 a 44 |
| VI | - Das Conclusões..... | §§ 45 a 46 |

P A R E C E R

I-DA CONSULTA

1. SONDOTÉCNICA ENGENHARIA DE SOLOS S/A endereçou-nos a seguinte exposição:

"Em 24 de agosto de 1976 a Consultante firmou com a Centrais Norte do Brasil S/A-ELETRONORTE, subsidiária da ELETROBRÁS, o contrato DT-SAM-003/76, tendo por objeto a prestação de serviços de engenharia consultiva e correlatos, relativos aos projetos da USINA HIDRELÉTRICA de Samuel, a ser construída no Território Federal de Rondônia.

Em maio de 1982 foi intensificada a mobilização do pessoal da SONDOTÉCNICA, para atender à prestação dos serviços contratuais no local da obra, isto é, na UHE-SAMUEL, localizada cerca de 50 km da cidade de Porto Velho, no Território de Rondônia. Parte desse pessoal foi transferido da equipe técnica que prestava serviços no Rio de Janeiro, e parte de outros Estados, percebendo todos os transferidos, o adicional de Transferência de 25%.

Por força do 2º Termo Aditivo ao contrato inicial firmado em 01.08.81, e em especial o PARÁGRAFO SEGUNDO da CLÁUSULA SÉTIMA, c/c o Ofício CB-TCO - 021/82, de 10.02.82, enviado pela ELETRONORTE, o pessoal transferido e alocado em serviço de campo ou no local da obra, passou a perceber habitação gratuita, vantagens e benefícios, "assegurados pela ELETRONORTE, sob sua responsabilidade, sem qualquer despesa para a CONSULTORA (SONDOTÉCNICA)".

Até que fossem concluídas as Vilas Residenciais de propriedade da ELETRONORTE, que têm por objetivo alojar não somente o pessoal que presta serviços para a construção da obra, mas principalmente aqueles que permanecerão quando do funcionamento da USINA, os empregados transferidos pela SONDOTÉCNICA ficaram alojados, em sua maioria, na cidade de Porto Velho, distante cerca de 50 km do local da obra.

As locações de residências em Porto Velho foram promovidas pela SONDOTÉCNICA, na qualidade de locatária, por autorização da ELETRONORTE, a quem eram submetidos os contratos, e em conformidade com o ofício de 10.02.82, mencionado no item ante

A.2.

rior, sendo o pagamento dos alugueres feito pela SONDOTÉCNICA e reembolsados pela ELETRONORTE.

Em maio de 1984, com a conclusão das Vilas Residenciais, os empregados passaram a ocupar, por iniciativa da ELETROBRÁS, as habitações da Vila de sua propriedade, pagando uma taxa residencial simbólica.

Na mesma época, objetivando centralizar despesas, foi promovida pela ELETRONORTE a transferência dos contratos de locações remanescentes em Porto Velho para a Construtora Norberto Odebrecht, não tendo a Consulente, no momento, nenhum vínculo com a parte habitacional.

Considerando-se a distância de 50 km entre Porto Velho e o local da obra, o transporte é feito por uma frota de ônibus particular (10 a 12 unidades) alugada pela Construtora Norberto Odebrecht e que transporta o pessoal da SONDOTÉCNICA, tendo em vista a existência de uma única concessionária de serviços públicos, qualificada de linha de ônibus de passeio, no Acórdão nº 427/84, TRT 11ª Região, RO-279/84. As despesas de transporte também são reembolsadas pela ELETRONORTE à Norberto Odebrecht.

Finalmente, pretende a ELETRONORTE promover a cessão de um conjunto de casas, tantas quantas forem necessárias, das Vilas Residências, de sua propriedade, para a SONDOTÉCNICA alojar seus empregados, mediante modelo de comodato em que a Consulente seria a comodante".

2. Considerando o ajuizamento de reclamações trabalhistas, com pedidos do cômputo do período "in-itinere" na jornada de trabalho, e a possível arguição do salário-utilidade HABITAÇÃO, a Consulente formulou os seguintes quesitos:

- " A. A "HABITAÇÃO" fornecida pela ELETRONORTE aos empregados da SONDOTÉCNICA poderá ser caracterizada como salário-utilidade de que fala o Art. 458 da C.L.T.?
- B. Em que caso haverá reflexo junto ao IAPAS e ao FGTS? Qual o prazo de prescrição? Quais os reflexos?
- C. Terá direito a Consulente, junto à ELETRONORTE, ao ressarcimento das importâncias que porventura venha a ser condenada a pagar aos seus empregados?

Há que se promover a denúncia da lição?

- D. Deverá a Consulente aceitar a cessão das casas e assinar o contrato de comodato com os seus empregados, na qualidade de comodante?
- E. Tendo em vista que os serviços em pauta ainda terão a duração de 5 anos aproximadamente, qual a melhor solução para a SONDOTÉCNICA?
- F. Quanto ao período "in-itinere", considerando que as decisões da JCJ de Porto Velho vêm reiteradamente dando ganho de causa aos empregados, poderá a Consulente exercer o direito mencionado no item C?
- G. Indicar, se possível, qual a solução para des-caracterizar os pressupostos da Súmula 90 do TST!

3. A Consulente juntou alguns documentos e solicitou ainda, se for o caso, a indicação das alterações contratuais que deverão ser promovidas com a finalidade de sanar os problemas enfocados ou garantir os seus direitos.

II - DO SALÁRIO-UTILIDADE E DAS UTILIDADES FUNCIONAIS FRENTE AO DIREITO DO TRABALHO

4. A lei brasileira, consagrando as lições da doutrina, distingue entre as utilidades fornecidas pelo empregador para que o empregado execute os serviços a que se obrigou (utilidades funcionais) e as prestações in natura, substitutivas do salário em dinheiro, concedidas como remuneração pelo trabalho executado (salário-utilidade).

5. Do salário-utilidade cuida o caput do Art. 458 da CLT:

"Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações in natura que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado".

6. Das utilidades funcionais trata o §2º do mesmo Art. 458:

"Não serão considerados como salário, para os efeitos deste artigo, os vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local de trabalho, para a prestação dos respectivos serviços".

7. Conforme conclui JOSÉ MARTINS CATHARINO:

"O parágrafo apenas enumera algumas utilidades, sem ser taxativo, pois não exclui outros acessórios fornecidos ao empregado".

E os exemplifica: entre esses outros acessórios

"estão compreendidos o transporte e a habitação,

concluindo:

"as utilidades funcionais, para que o empregado possa cumprir suas obrigações, não são consideradas como salário" ("Contrato de Emprego", Rio, Ed. Trab. , 2ª ed., págs. 162/3).

8. No mesmo sentido, em parecer elaborado com DÉLIO MARANHÃO, acentuamos:

"O que tem relevo, pois, é distinguir entre as prestações percebidas em pagamento dos serviços e as percebidas para proporcionar o adequado funcionamento ou realização dos serviços. As primeiras constituem salário, as segundas não possuem natureza remuneratória dos serviços prestados pelo empregado, não correspondendo, assim, a salário ("Direito do Trabalho e Previdência Social - Pareceres", São Paulo, LTr Edit., 1973, pag. 312).

9. Não é outra a lição de ORLANDO GOMES:

"Cumpra ao empregador proporcionar aos empregados os meios para que possam prestar o serviço.... Isto ocorre quando é uma condição para a prestação do serviço, como, por exemplo, na hipótese de proporcionar o empregador o meio de acesso ao local de trabalho, que seja difícil. A despesa que efetua para este fim não deve ser tida por salário" ("O Salário no Direito Brasileiro", Rio, Konfino, 1947 , págs. 63/4).

10. Desse entendimento não discrepa MOZART VICTOR RUSSOMANO:

"O equipamento necessário à prestação do trabalho corre por conta da empresa. As utilidades salariais, portanto, são aquelas que se destinam às necessidades do trabalhador e, não, às necessidades do serviço aproveitado pela empresa ("Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", Rio, Konfino, vol. II, 1973, pág. 639).

11. Da mesma forma, AMAURI MASCARO NASCIMENTO:

"A doutrina estabelece uma distinção de situações cada qual produzindo efeitos diferentes. Quando a habitação é fornecida... para a prestação do trabalho não constitui salário in natura. Só o será quando isso se der... pela prestação de serviço" ("O Salário", São Paulo, LTr, 1975, pág. 104).

12. Quanto à habitação, a jurisprudência é pacífica:

"É necessário distinguir entre a habitação fornecida para o trabalho daquela fornecida pelo trabalho, somente tendo esta última tradução pecuniária" (Ac. TST, 3ª T., RR-4.900/80, Rel. Min. BARATA SIWA, DJ de 13.11.81).

"Habitação necessária à prestação de serviço em razão da localização da atividade empresária não constitui salário in natura" (Ac. TST, 1ª T., RR-528/80, Rel. Min. HILDEBRANDO BISAGLIA, DJ de 15.04.81).

13. Já no que tange ao transporte, a Súmula TST-90, ao invés de dirimir a questão à luz da configuração, ou não, do salário - utilidade, o conceituou, sempre que atendidos certos pressupostos, como tempo de serviço in itinere. O que significa que integra a jornada de trabalho cuja contraprestação é salário.

14. Daí porque, mesmo depois da precitada Súmula, decidiu o egrégio TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO:

"O fornecimento gratuito de transporte... constituindo condição para a prestação do serviço, face ao trabalho em local distante, não pode ser considerado salário" (Ac. do Pleno, nos E-RR-4.995) Rel. Min. HILDEBRANDO BISAGLIA, D.O. de 25.04.80. No mesmo sentido, Ac. da 3ª T., no RR-2.423/81, Rel. Min. GUIMARÃES FALCÃO, D.J. de 16.04.82).

15. A referida Súmula 90 dispõe:

"O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte regular público, e para seu retorno, é computável na jornada de trabalho". (Resolução nº 80/78 in D.J. de 10.11.78).

16. O certo, a nosso ver, seria considerar como tempo de serviço, componente da jornada de trabalho, apenas o lapso correspondente ao deslocamento do empregado dentro da área relativa ao estabelecimento onde trabalha ou deste para outro do mesmo empregador (Cf. nossas "Instituições de Direito do Trabalho", Rio, Freitas Bastos, 9ª ed., vol. II, pág. 696). Fora destas duas hipóteses o fornecimento do transporte deveria ser conceituado, ou não, como salário-utilidade, conforme se tratasse de prestação pelo trabalho, substitutiva de parte do salário em dinheiro, ou para a execução do serviço.

17. A propósito da Súmula 90, vale transcrever os acórdãos que se seguem:

"A Súmula 90 não exige compatibilidade de horário entre o início da prestação de serviço e o transporte público, entretanto não havendo coincidência de horário, inexiste a regularidade no transporte, de que trata o mesmo verbete e assim, sendo de difícil acesso e não havendo a condução pública regular, de vidas são as horas in itinere. Revista conhecida e a que se dá provimento. (Ac. do TST, 1ª T., RR-2.012/81, Rel. Min. FERNANDO FRANCO, D.J. de 06.08.82);

"Se o transporte fornecido pela empresa é opcional e pago, não se caracteriza a hipótese da Súmula 90" (Ac. do TST, no RR-3.862, 3ª T., Rel. Min. SIMÕES BARBOSA, DJ de 01.06.79);

"Desprovido de transporte público o local de trabalho, depois de determinado horário, a condução acaba sendo fornecida pelo empregador e o local converte-se em lugar de difícil acesso, sem transporte regular público no horário. Nessas circunstâncias, o reclamante tem direito ao pagamento" (Ac. do TST, 3ª T., de 17.11.83, no RR-3.009/82; Min. ORLANDO TEIXEIRA COSTA, rel.; "Repertório de Jurisprudência Trabalhista" de JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO, Rio, Freitas Bastos, vol. II, pág. 972);

"Consideram-se presentes os pressupostos da Súmula

90 do TST, se a empresa, localizada fora do perímetro urbano, apesar de servido o local por transporte coletivo intermunicipal, é obrigada a contratar ônibus para atender seus empregados, porque aquele transporte não tem estrutura suficiente para atender, razoavelmente, a demanda de usuários" (Ac. do TRT-10ª R., RO-0950/83; Juiz WILTON HONORATO RODRIGUES, rel.; DJ de 13.08.84).

III - DO SALÁRIO-UTILIDADE E DAS UTILIDADES FUNCIONAIS FRENTE À PREVIDÊNCIA SOCIAL

18. Não obstante o amplo conceito de salário-de-contribuição consagrado pela Previdência Social brasileira (Cf. Art. 135 da CLPS), certo é que as contribuições compulsórias destinadas ao seu custeio não incidem sobre os elementos fornecidos ao empregado para que este possa executar os serviços contratados, os quais, como vimos, não têm natureza salarial.

19. Enumerando as hipóteses que, em virtude de lei, determinam, ou não, a incidência de contribuição previdenciária, a Portaria nº 2, de 06.06.79, SPS/MPAS, refere, como está no seu item 39.1, letra "i", a

"parcela paga in natura pela empresa, desde que contratualmente estipulada ou habitualmente recebida por força do costume, inclusive o valor locativo da habitação".

O dispositivo, como deflui do seu texto, refere-se à utilidade concedida como parte da contraprestação do trabalho executado e não para a sua realização; alude, portanto, à utilidade de caráter salarial.

20. Como teve ocasião de decidir o egrégio TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS,

"Necessário distinguir o fornecimento de moradia pe-
lo emprego do que é feito para o emprego",

porque a segunda é concedida

"no interesse do empregador e, assim, não sujeito o respectivo valor à contribuição previdenciária" (Ac. da 2ª T., no AMS-73.152, DJ de 19.08.74).

21. Por isso mesmo, a Portaria nº 2, no item 39.2, letra "c", diz que não integra o salário-contribuição

"o valor do transporte, alimentação e habitação, fornecidos pela empresa empregadora no caso de trabalhador contratado para a prestação de serviço em localidade distante de sua residência habitual (frentes-de-trabalho)".

22. Como bem elucidou J.A.PEREIRE LEITE:

"As contribuições de previdência não incluem sobre o que não retribui o serviço, mas indeniza despesas para sua execução (ajudas de custo, diária de viagem não excedente a 50% do salário) ou é simples instrumento para o exercício do trabalho" (grifos nossos). ("Curso Elementar de Direito Previdenciário", S.Paulo, LTr., 1977, pág. 175).

23. Neste sentido, tanto o CONSELHO DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL como o ilustre SECRETÁRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DO MPAS acabam de proferir decisões que dissiparam qualquer possível dúvida no campo da Previdência Social.

24. O 2º Grupo de Turmas do CRPS,

"CONSIDERANDO que a Decisão-Notificação questionada nestes autos foi emitida para compelir ao recolhimento de contribuições calculadas sobre importâncias despendidas na cobertura de despesas com a ocupação de casas construídas na "frente de trabalho" organizada para a construção da Usina Hidrelétrica de Itaipu;

CONSIDERANDO que o fiscal autuante embasou o levantamento de débito na classificação de tais importâncias como "Ajudas-de-Custo" e na invocação do disposto no inciso I do art. 41 do RCPS (Decreto nº 83.081/79);

CONSIDERANDO que, só por isso, a Decisão-Notificação de que se trata haveria de ser tornada insubsistente, tendo em vista o disposto no § 2º do artigo 457 da CLT (Decreto-Lei nº 5.452/43), no prejulgado nº 60, letra "e", posto na Portaria Ministerial nº MTPS-3.286/73, e nas inúmeras decisões deste Conselho, a respeito da matéria, lastreadas em torrencial jurisprudência do Egrégio Tribunal Federal de Recursos;

CONSIDERANDO que, mesmo que não se tratasse de importâncias a serem contratualmente reembolsadas (à recorrente) pela empresa responsável pela construção daquela usina, a "Itaipu Binacional", conforme clausurado no Contrato de empreitada firmado entre a recorrente e aquela empresa (ver folhas 22 a 27), mas de importâncias simplesmente destinadas a pagamento dos aluguéis das casas ocupadas pelos trabalhadores da contratada e ora recorrente, ainda assim a hipótese haveria de ser enquadrada na letra "c" do subitem 39.2 da Portaria Normativa nº SPS/02/79, segundo a qual "o valor do transporte, alimentação e habitação fornecidos pela empresa empregadora, no caso de trabalhador contratado para prestação de serviços em localidade distante de sua residência habitual (frentes de trabalho); "...não integram o salário-de-contribuição." (grifei);

CONSIDERANDO que essa disposição normativa está realçada no parecer recentemente emitido, pela Secretaria de Previdência Social, no processo nº IAPAS/SRES/35059/000995/84 e publicado no "Boletim de Serviço - MPAS nº 21", de 26 do mês passado;

CONSIDERANDO, portanto e finalmente, que o procedimento fiscal havido nestes autos, qualquer que seja a classificação que se queira dar às importâncias despendidas pela empresa recorrente e objeto do débito levantado a fls. 1 a 3 ("Ajudas-de-Custo-de-Aluguel", "Ajudas-de-Custo" ou "Salário in natura"), não pode prosperar, porque pagas para a realização do trabalho, e não pela realização do trabalho,"

-resolveu, por seis votos contra um, tornar insubsistente o auto de infração e a Decisão-Notificação (Ac. de 17.01.85, no proc. IAPAS-414.037/1788/82; Conselheiro JORGE BARBOSA, rel.).

25. A mencionada decisão do Secretário de Previdência Social do Ministério, Professor MOACYR VELOSO CARDOSO DE OLIVEIRA, aprovou, em 26 de outubro de 1984, parecer do Coordenador ARMIN ALFREDO SCHERER, no qual assinalou que não compõem o salário-de-contribuição

"as utilidades funcionais, assim denominadas as oferecidas ao empregado para que este possa cumprir as suas obrigações, tais como equipamentos, vestuários e demais acessórios de uso compulsório utilizados no setor de trabalho e até mesmo o transporte do trabalhador de sua residência às

frentes de trabalho afastadas da sede da empresa, isto porque as utilidades salariais destinam-se a suprir as necessidades individuais do trabalhador e não as necessidades do serviço" (Proc. IAPAS / SRES/35.059/000.997/84, in LTr. nº 48, São Paulo, novembro de 1984, pág. 1.391).

IV-DA HABITAÇÃO FORNECIDA AOS
EMPREGADOS DA CONSULENTE

26. Como está expresso na exposição da Consulente, esta, depois de autorizada pela ELETRONORTE, locou unidades residenciais em Porto Velho, a 50 km do canteiro de obras de Samuel, e as entregou gratuitamente aos empregados integrantes da equipe técnica cuja transferência transitória promoveu para prestar serviços no projeto de construção da Usina Hidrelétrica.

27. Essa autorização decorreu do fato de que ainda não estavam concluídas as Vilas Residenciais de propriedade da ELETRONORTE, destinadas a alojar tanto o pessoal dessa sociedade, quanto, no curso da obra, os empregados das empresas por ela contratadas para a execução do projeto da Usina Samuel. Assim procedendo, a ELETRONORTE procurou dar cumprimento ao disposto no § 2º da Cláusula Sétima do 2º Termo Aditivo, de 1º de agosto de 1981, ao Contrato de prestações de serviços firmado entre ela e a Consulente, relativo ao projeto da aludida usina:

"Ficam asseguradas, pela ELETRONORTE, aos empregados da CONSULTORA alocados em serviços de campo ou no local das obras, as mesmas condições locais de habitabilidade, segurança, higiene e assistência social que seriam proporcionadas aos empregados de mesmo nível da ELETRONORTE, bem como as eventuais vantagens e benefícios que seriam ofertados a estes pela ELETRONORTE no local. Estas condições e benefícios serão de responsabilidade da ELETRONORTE, sem qualquer despesa para a CONSULTORA".

28. Posteriormente, quando concluídas as Vilas Residenciais, os empregados da Consulente passaram a ocupar parte das suas uni-

dades pagando à ELETRONORTE "uma taxa residencial simbólica". Mas essas unidades deverão ser cedidas à Consulente, para que esta, mediante contrato de comodato, as entregue aos seus empregados.

29. É inquestionável que, in casu, a habitação fornecida aos empregados da Consulente, transferidos para o Território Federal de Rondônia em caráter provisório, a fim de que lá pudessem cumprir suas obrigações contratuais, constitui utilidade funcional. Como está exposto na Seção II deste Parecer, com alusão à doutrina e à jurisprudência, a utilidade é concedida para a execução dos serviços e não pela execução dos mesmos.

30. Na primeira fase, as unidades locadas pela Consulente foram cedidas, a título gratuito, aos seus empregados, sendo o valor dos alugueres por ela pagos reembolsado pela ELETRONORTE, com fundamento no precitado termo aditivo. Da relação jurídica decorrente da Cláusula Sétima, parágrafo único, desse termo, não participaram os empregados (res inter alios acta). Por conseguinte, se o Poder Judiciário, data venia, por absurdo, considerar a habitação como salário-utilidade, a Consulente

- a) terá de cumprir diretamente a decisão judicial, em proveito dos respectivos empregados;
- b) poderá acionar a ELETRONORTE no fôro civil, para ser ressarcida das correspondentes despesas.

31. Na segunda fase, que parece ainda perdurar, os empregados da Consulente passaram a ocupar unidades das Vilas Residenciais de propriedade da ELETRONORTE, pagando-lhes "uma taxa residencial simbólica". Teria sido preferível que essas unidades tivessem sido cedidas à Consulente, a fim de alojar gratuitamente os seus empregados, sendo devolvidas na medida que terminasse o serviço de cada um dos que foram transferidos em caráter provisório para operar no Projeto da Usina de Samuel. Desta forma, não se teria modificado a relação jurídica pretérita.

32. Mas, em face da nova situação, não se poderá fugir da

seguinte alternativa:

- a) se a "taxa residencial simbólica" for conceituada como aluguel, haverá uma relação ex-locatio entre a ELETRONORTE e cada um dos empregados alojados, sujeita à legislação sobre locação de imóveis residenciais. Nesta hipótese, não se poderá falar nem em utilidade funcional, nem em salário-utilidade;
- b) se a taxa, porque simbólica, for considerada mera e desnecessária simulação para tentar impedir a aplicação de norma legal inaplicável, ter-se-á de concluir que a verdadeira relação jurídica não foi vulnerada.

33. Optamos pela segunda hipótese. Mesmo porque a jurisprudência é iterativa no sentido de que o pagamento de aluguel simbólico não descaracteriza a verdadeira relação jurídica estabelecida (Cf. Ac. do TST, no RR-5.024/81, rel. Min. ALVES DE ALMEIDA, D.J. de 26.11.82; Ac. do TRT da 10ª R no RO-1.698/82, rel. Juíza HELOISA PINTO MARQUES, D.J. de 25.05.83).

34. Analisemos a futura terceira fase. A cessão de um conjunto de unidades das Vilas Residenciais para a Consulente, a fim de que esta, mediante comodato, nelas aloje seus empregados, constitui solução mais adequada do que a ora adotada. Isto porque a celebração do contrato de comodato, in casu, é de incontestável pertinência, à luz do estatuído nos arts. 1.248 e 1.250 do Código Civil.

35. Como bem asseverou DELIO MARANHÃO, quando ainda se encontrava no exercício da magistratura,

"Nada impede que, além do salário, queiram as partes -a latere do contrato de trabalho-estabelecer um autêntico comodato: a gratuidade, em tal caso, não é aparente, é real.

.....

"Nos termos do art. 1.250, do Código Civil, "se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-á o necessário para o uso concedido, não podendo o comodatante, salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecer pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa em -

prestada, antes de findo o prazo convencional ou que se determine pelo uso outorgado". Comentando esse artigo, escreve CARVALHO SANTOS: "se as partes não quiserem estipular expressamente sobre o termo do contrato a duração do comodato, presume-se a que for necessária para o uso concedido, havendo o julgador que ter em vista a natureza da coisa e a posição dos contratantes (Código Civil Interpretado, vol. XVII, 1945, pág. 404)". Aí está: a posição dos contratantes. Se o comodato se faz a lateral de um contrato de trabalho e o uso da coisa se prende à prestação de trabalho, é evidente que aquele contrato dura tanto quanto dura este". (Ac. do TRT da 1ª R., no RO-560/58; DÉLIO MARANHÃO, rel.; D.J. de 12.09.58).

36. No campo das relações de trabalho o comodato só pode ser desconsiderado quando maliciosamente utilizado para fraudar a lei (art. 9º da CLT); isto é, quando visa a dar forma inadequada a um autêntico salário-utilidade. Mas, como já demonstramos, não é a hipótese.

37. Não sendo salário in natura, é obvio que o valor de habitação não poderá ser computado nos cálculos das prestações, depósitos e contribuições que decorrem da legislação do trabalho e da previdência social. No tocante ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), excluem-se da base de incidência dos respectivos depósitos:

"as parcelas não consideradas, segundo o disposto nos arts. 457 e 458 da CLT, como integrantes da remuneração do empregado..." Art. 9º do Regulamento do FGTS, ap. pelo Dec. 59.820, de 1966).

No atinente às contribuições previdenciárias, o item 39.2 da Portaria SPS/MPAS-2, de 1979, interpretando a legislação do SINPAS à luz da jurisprudência administrativa e judiciária, explícita, como já registramos, que em casos como o da presente Consulta, o valor da habitação "não integra o salário-de-contribuição" (V. a Seção III deste Parecer e, especialmente, o parágrafo 21).

V-DO TRANSPORTE FORNECIDO AOS
EMPREGADOS DA CONSULENTE

38. Os empregados da Consulente, enquanto alojados em Porto Velho, a 50 km do canteiro de obra, foram transportados por uma frota

de 10 a 12 ônibus alugados pela Construtora Norberto Odebrecht, para a condução do seu pessoal. Entre a capital de Rondônia e Samuel só existe uma linha de ônibus, que realiza poucas viagens ao dia. As despesas dessa Construtora com o transporte dos seus empregados e os da Consulente lhe são reembolsadas pela ELETRONORTE.

39. Sob o prisma jurídico houve cessão à Consulente de lugares nos ônibus alugados, para o transporte dos seus empregados. O valor da condução Porto Velho-Samuel-Porto Velho, concedida para tornar possível a execução dos serviços e não pelo trabalho realizado, não constitui salário-utilidade, nem para os efeitos da relação de em prego (V. o parágrafo 14 deste Parecer), nem para a incidência de con tribuições previdenciárias (V. o parágrafo 21).

40. Entretanto, como também acentuamos, o egrégio TST adotou a criticável Súmula nº 90, que considera integrantes da jornada de trabalho as horas in itinere da condução fornecida pelo empregador, seja quando o local de trabalho for de difícil acesso, seja quando o trajeto não for servido por transporte regular.

41. Por conseguinte, se o tempo despendido pelos empregados da Consulente no percurso de ida e volta do trabalho, enquanto moravam em Porto Velho, se enquadrar nos termos da mencionada Súmula, certo é que terá repercussão nos correspondentes salários, posto que ampliará a jornada, gerando o direito a horas extraordinárias. E sobre os salários do trabalho extraordinário incidem tanto os depósitos do FGTS como as contribuições para o SINPAS; mas tanto os salários pagos pela Consulente como os encargos sociais que sobre eles incidem, devem ser reembolsados pela ELETRONORTE, nos termos da cláusula quinquagésima, alíneas A e B, e parágrafo único, combinados com o disposto nas cláusulas quinquagésima primeira e quinquagésima terceira do contrato de prestação de serviços firmado em 24 de agosto de 1976.

42. A documentação anexada à Consulta dá notícia de que o egrégio TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO da 11ª Região, ao julgar recursos sobre a hipótese focalizada, em reclamações ajuizadas contra a Constru

tora Norberto Oldebrecht S/A, tem variado sua conclusão, evidenciando a divergência existente entre os seus ilustres Juizes. Em recente acórdão decidiu esse Tribunal, pelo voto de desempate, pela aplicação da Súmula nº 90. E acentuou:

"A realidade é o transporte que existe mesmo no percurso da estrada principal, de cerca de cinquenta quilômetros, não pode ser considerado regular para os efeitos de utilização diária por centenas de trabalhadores que devem chegar e sair do serviço em horário certo e em condições físicas de desempenhar seu humilde, mas honroso trabalho. O transporte público que existe, além de passar a cinco quilômetros das obras, consiste em uma linha de ônibus de passeio até o ponto turístico de Cachoeira de Samuel. Tanto assim é, que a empresa recorrente tem a preocupação o o interesse de fornecer condução particular.

.....
Como se pode concluir, não existe outra alternativa para o empregado chegar ao local de trabalho em condições normais, sem o transporte fornecido pela empresa" (Ac. de 20.11.1984, no RO-279/84, rel. Juiz EDUARDO BARBOSA PENNA RIBEIRO).

43. Por seu turno, na primeira reclamação ajuizada contra a Consulente, a MM JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO de Porto Velho chegou à mesma conclusão, aduzindo alguns detalhes de relevo:

"Já ficou provado, em diversos processos similares, que a jornada de trabalho da obra da hidrelétrica de Samuel se inicia às 7:00 horas. A jornada da reclamante foi confirmada pela própria reclamada em sua contestação (7:00 horas). Constatada-se pelos documentos de fls. 51 e 52 que, antes das 7:00 horas, saem dois ônibus de Porto Velho para a Cachoeira de Samuel, às 6:00 horas. A obra abriga centenas de trabalhadores que residem em Porto Velho e se dirigem diariamente à aquele local. O preposto da reclamada declarou em seu depoimento pessoal que atualmente tem aproximadamente 3000 empregados. Recentemente, em reclamatória envolvendo o mesmo pedido de horas in itinere, o preposto da Construtora Norberto Oldebrecht S/A declarou um número menor de empregados que residem em Porto Velho, aproximadamente 1600. Impossível dois ônibus comportarem centenas de operários. Que o

local não é de difícil acesso, inexistente dúvida. Porém, que não é servido por transporte regular público, que possibilite o deslocamento de quantos empregam as suas atividades o respectivo retorno, com relação à obra da hidrelétrica de Samuel, é evidente e está provado.

Por estas razões, tal modalidade de fornecimento de transporte se reveste da característica de instrumento ou condição para a prestação de trabalho, devendo o respectivo tempo dispendido no transporte, ida e volta, ser computado na direção da jornada de trabalho em consonância com o art. 4º da CLT e a Súmula nº 90 do Colendo TST! (Sentença de 19.09.84, no proc. 1.064/84).

44. Se assim é, não podemos chegar a conclusão diversa : não obstante nossa divergência com a Súmula nº90, afigura-se-nos que ela é aplicável ao caso retratado na Consulta.

VI - DAS CONCLUSÕES

45. Isto posto, passamos a responder, resumidamente, aos quesitos formulados:

- A. Os empregados da Consulente recebem habitação para o serviço e não pelo trabalho executado. Trata-se de utilidade de caráter funcional, que não possui, assim, natureza salarial;
- B. Não sendo salário-utilidade, o fornecimento de habitação não gera direitos e obrigações referentes ao contrato de trabalho e às contribuições previdenciárias devidas em nome dos respectivos empregados. A indagação sobre a prescrição está, portanto, prejudicada;
- C. Com base no Termo Aditivo citado neste Parecer, a Consulente tem o direito de pedir à ELETRONORTE o ressarcimento das importâncias a que, porventura, for condenada em razão de vir a ser a habitação fornecida considerada salário-utilidade. Mas descabe promover a denúncia à lide em ação traba-

lhista ajuizada por empregados seus. O direito da Consulente, in casu, é o de acionar a ELETRONORTE no fôro civil;

D e E. A cessão de casas da ELETRONORTE, situadas nas Vilas Residenciais, para que a Consulente as entregue a empregados seus, mediante contrato de comodato, constitui, a nosso ver, a melhor solução;

F. O direito ao reembolso parece inquestionável ante os termos das cláusulas 50ª, 51ª e 53ª do contrato celebrado entre a Consulente e a ELETRONORTE. As ações sobre a aplicação da Súmula nº 90, do TST, estarão, no entanto, sujeitas à prescrição biennial sucessiva (Art. 11 da CLT), sendo certo que, em relação às prestações prescritas, não há que se cogitar de depósitos para o FGTS e contribuições previdenciárias;

G. Tomando-se como verdadeiros os fatos narrados no acórdão e na sentença transcritos nos parágrafos 42 e 43 deste Parecer, impossível será, a nosso ver, descaracterizar os pressupostos da Súmula nº 90. Entretanto, com a mudança dos empregados da Consulente para as Vilas Residenciais, ainda persistirá a necessidade de transporte por ônibus? Se afirmativa a resposta, a aludida Súmula só deixará de ter aplicação se, entre as Vilas e o canteiro de obra houver "transporte regular público", com capacidade para conduzir, nos horários pertinentes, os empregados ali residentes.

46. No concernente aos contratos que a Consulente mantém com a ELETRONORTE e com os seus empregados, tirante a ponderação constante do parágrafo 31 deste Parecer, nada mais há a sugerir.

S.M.O., é o que nos parece.

Observação: o professor DÉLIO MARANHÃO, por motivo de saúde, deixou de participar deste Parecer.

Rio de Janeiro, RJ, 24 de abril de 1985



ARNALDO SÜSSEKIND

OAB-RJ-2.100