



PROCESSO Nº TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. Nº TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

A C Ó R D ã O
(1ª Turma)
GMWOC/fc/af

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO. REGIME 12X36. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM NORMA COLETIVA.

Nos termos da Súmula nº 444 desta Corte Superior, somente é válida, em caráter excepcional, a jornada de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, desde que prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho. Assim, o Tribunal Regional, ao reconhecer a validade da jornada de 12x36, por acordo tácito de compensação, sem previsão em norma coletiva, divergiu da jurisprudência desta Corte Superior.

INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL. DIREITO AO PERÍODO INTEGRAL.

Segundo a diretriz fixada na Súmula nº 437, I, do TST, após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração. O Tribunal de origem, ao limitar a condenação aos minutos suprimidos, dissentiu dessa orientação.

DIFERENÇAS DO FGTS. ÔNUS DA PROVA.

Este Tribunal Superior, em sua composição plenária, no tocante à distribuição do ônus da prova na hipótese de pedido de diferenças do FGTS, concluiu que, tendo em vista o princípio da aptidão para a prova, cabe ao empregador o ônus de comprovar a



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

regular quitação das contribuições devidas ao FGTS. Razão pela qual foi cancelada a Orientação Jurisprudencial n° 301 da SBDI-1 desta Corte Superior, consoante a Resolução n° 175/2011, publicada no DEJT dos dias 27, 30 e 31/05/2011.

Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022**, em que é Recorrente **GUILHERMINA DE ALMEIDA DE ARAÚJO** e Recorrido **MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ**.

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, mediante o acórdão prolatado às fls. 563-595, deu parcial provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamado para: afastar a natureza salarial do adicional de assiduidade, excluindo da condenação os reflexos daí decorrentes; excluir da condenação o pagamento de diferenças a título de adicional de assiduidade e reflexos; limitar a condenação ao pagamento de horas extras decorrentes da supressão do intervalo mínimo intrajornada; limitar em 0,5% ao mês a taxa de juros de mora incidente sobre os créditos da reclamante. E deu parcial provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamante para: condenar o réu ao pagamento dos reflexos das horas extras devidas em razão da supressão do intervalo mínimo previsto no art. 71 da CLT e acrescer à condenação o pagamento de horas extras e reflexos decorrentes da não observância do intervalo previsto no art. 66 da CLT.

Inconformada, a reclamante interpõe o presente recurso de revista, às fls. 605-769, com amparo no art. 896, a e c, da CLT.

Admitido o recurso de revista (fls. 795-797), foram apresentadas as contrarrazões às fls. 819-865.

O Ministério Público do Trabalho opinou às fls. 887-895 no sentido do conhecimento parcial e provimento do apelo.



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

O recurso de revista é tempestivo (fls. 599 e 605), está subscrito por advogado habilitado (fl. 41), sendo dispensado o preparo, passa-se ao exame dos requisitos específicos de cabimento do recurso de revista.

1.1. HORAS EXTRAS. CRITÉRIO DE DEDUÇÃO DE VALORES AO MESMO TÍTULO

A Corte Regional, quanto ao tópico epigrafiado, negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamante, pronunciando-se, à fl. 591, nos seguintes termos, *verbis*:

DO ABATIMENTO DOS VALORES PAGOS RESTRITOS AO MÊS DA COMPETÊNCIA

Pretende a autora a reforma da sentença, para que se determine a adoção do critério mês a mês, para o abatimento dos valores comprovadamente pagos a título de horas extras.

Não lhe assiste razão.

Em que pesem as OJs EX SE n. 09 e 200 da Seção Especializada deste Tribunal, o entendimento deste Colegiado é no sentido de que o abatimento mês a mês pode, em tese, acarretar o enriquecimento ilícito da reclamante, haja vista a possibilidade de receber em duplicidade eventual valor quitado extemporaneamente pela reclamada.

O abatimento deve se dar de forma global, conforme se apurar dos comprovantes de pagamentos carreados para os autos, referentes ao período imprescrito.

MANTENHO.



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

A reclamante sustenta que o abatimento de valores pagos somente pode ser efetuado no respectivo mês em que as diferenças objeto da condenação forem apuradas. Requer, assim, que os abatimentos das horas extras se deem no mês da competência laboral e na mesma rubrica. Indica violação do art. 468 da CLT e contrariedade à OJT 185. Transcreve arestos para o cotejo de teses.

Convém, inicialmente, asseverar a impertinência da indicação de contrariedade à OJT 185, pois orientações jurisprudenciais oriundas de Tribunais Regionais não servem para impulsionar o conhecimento de recurso de revista, nos termos do art. 896, a, da CLT. Também não há que se falar em violação do art. 468 da CLT, uma vez que não guarda pertinência temática com a matéria em debate.

No que se refere ao critério de abatimento global das horas extras, tem-se que a decisão regional se alinha à Orientação Jurisprudencial n° 415 da SDI-1 desta Corte:

HORAS EXTRAS. RECONHECIMENTO EM JUÍZO. CRITÉRIO DE DEDUÇÃO/ABATIMENTO DOS VALORES COMPROVADAMENTE PAGOS NO CURSO DO CONTRATO DE TRABALHO. (DEJT divulgado em 14, 15 e 16.02.2012)

A dedução das horas extras comprovadamente pagas daquelas reconhecidas em juízo não pode ser limitada ao mês de apuração, devendo ser integral e aferida pelo total das horas extraordinárias quitadas durante o período imprescrito do contrato de trabalho.

Incide à cognição do recurso de revista o óbice da Súmula n° 333 do TST. Prejudicada a análise dos arestos trazidos para cotejo de teses, porquanto alcançado o objetivo essencial do recurso de revista, que é a uniformização da jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho.

Razões pelas quais, **NÃO CONHEÇO** do recurso, no particular.



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

1.2. ADICIONAL DE ASSIDUIDADE

A Corte Regional, quanto ao tema, deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamado para, afastando a natureza salarial da parcela "adicional de assiduidade", excluir os reflexos daí decorrentes, bem como as diferenças requeridas a esse título, pronunciou-se, às fls. 566-572, nos seguintes termos, *verbis*:

ADICIONAIS DE ASSIDUIDADE E PRODUTIVIDADE - NATUREZA

A reclamada pretende a reforma da sentença para que se excluam os adicionais de assiduidade e produtividade do cálculo das horas extras e reflexos, 13º salários, férias e terço constitucional e FGTS.

Afirma, em síntese, que tais parcelas não integram o salário do autor e não geram reflexos pela ausência de habitualidade; que os pagamentos eram eventuais e efetuados a título de prêmios; que os adicionais eram pagos conforme análise subjetiva da conduta da reclamante pelos superiores hierárquicos, possuindo assim fatos geradores próprios.

Consta da sentença (fls. 159/160):

(...)

O Procurador Regional do Trabalho Jaime José Bilek Iantas (fl. 264) manifestou-se no sentido de que *"...os adicionais de produtividade e assiduidade, pagos regularmente pelo réu, configuram indene de dúvidas, parcelas salariais" e "...devem se agregar ao complexo remuneratório para fins do cálculo das extraordinárias"*.

No que tange ao adicional de produtividade, correta a sentença, na medida em que as fichas financeiras juntadas à fl. 31, a exemplo dos exercícios 2003 e 2004, demonstram que o adicional foi integrado pelo Município à remuneração, tanto é que pagou discriminadamente a parcela "R.S.R. PRODUTIVIDADE" nos meses de setembro a dezembro de 2003 e durante todo o ano 2004. Portanto, a verba possui incontestável a natureza de salário, e como tal deve ser integrado ao complexo remuneratório para todos os efeitos.



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

Nesse sentido, inclusive, houve recente manifestação deste Colegiado, nos autos TRT-PR-00781-2006-411-09-00-3 - ACO-03545-2008 - publicado em 08-02-2008, em que foi relator o Exmo. Juiz Francisco Roberto Ermel.

Todavia, assiste razão ao município com relação ao adicional de assiduidade. Observe-se que a parcela foi paga em apenas sete meses no ano 2002, oito meses no ano 2003, três meses no ano 2004, em nenhum mês no ano 2005. Ademais, por sua própria natureza, o pagamento respectivo fica condicionado à ausência de faltas injustificadas durante o mês.

Portanto, considero que merece reforma a sentença, conforme decisão proferida por este Colegiado nos autos 02330-2005-411-09-00-0, em que foi Relator o Exmo. Desembargador Tobias de Macedo Filho (Ac. 2572/2007), cujos argumentos transcrevo e adoto como razões de decidir:

"A parcela assiduidade não mantém as mesmas características da produtividade. As fichas financeiras demonstram que não eram pagas com habitualidade. Ainda que os critérios para o pagamento não tenham sido demonstrados, não se pode admitir a natureza salarial, pois não era verba habitual, tampouco mantinha padrão de valor. Tem-se, pois, que se trata de parcela paga por critério subjetivo do empregador, dependente de seu poder diretivo, ainda que ente da administração pública, mas que atuou, ao tempo da prestação de serviços do reclamante, como empregador privado.

Sem habitualidade, a verba assiduidade não pode ser incorporada ao salário para qualquer efeito, tampouco há direito a diferenças por redução salarial ou imposição de pagamento em meses não pagos."

Em razão do exposto, **REFORMO EM PARTE** a sentença para afastar a natureza salarial do adicional de assiduidade e, em consequência excluir da condenação os reflexos daí decorrentes.

**ADICIONAIS DE ASSIDUIDADE E PRODUTIVIDADE -
REDUÇÃO E SUPRESSÃO**

O município pretende a reforma da sentença para ver excluído da condenação o pagamento das diferenças a título de adicionais de produtividade e assiduidade.

Fundamenta sua pretensão com base no argumento de que se trata de pessoa jurídica de direito público interno, cumpridor das premissas do artigo



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

37 e 41 da Constituição Federal e que portanto pode conceder ou retirar benefícios que entende foram equivocadamente concedidos.

Alega que a ausência de habitualidade no pagamento torna a supressão possível e legal, porquanto as condições da servidora foram transformadas no curso do contrato de trabalho, não se caracterizando violação do artigo n. 468 da CLT.

Sucessivamente, requer que os pagamentos sejam restritos aos meses em que a reclamante não teve faltas.

Sobre o tema, decidiu o Juízo de primeiro grau (fls. 158/159):

(...)

Com parcial razão o recorrente.

É certo que os valores anuais pagos a título de adicional de produtividade sofreram redução (em 2004 foram pagos R\$ 2.503,83; em 2005, R\$ 1.964,35 e, em 2006, R\$ 1.130,46).

Sobre o tema, transcrevo e adoto como razões de decidir os argumentos contidos no acórdão 03545/2008, publicado em 08-02-2008, de lavra do Exmo. Juiz Francisco Roberto Ermel, nos autos TRT-PR-00781-2006-411-09-00-3:

"...Ao contrário do que sustenta o recorrente, o princípio da administração pública que autoriza a revisão de seus atos não pode ser invocado pelo órgão público nas suas relações com os servidores públicos regidos pela CLT. Quando a administração pública contrata servidores pelo regime da CLT assume todas as obrigações previstas na CLT, igualando-se ao empregador privado, salvo quanto à observância dos princípios especificados no art. 37 caput, da CF/88 e à forma de contratação prevista no art. 37, inciso II, da CF/88.

Assim, em se tratando de alteração contratual com retirada de benefício, como é o caso, a administração pública deve seguir a legislação trabalhista que veda a alteração contratual em prejuízo do empregado (art. 468 da CLT). Além disso, a jurisprudência consolidada é no sentido de não se admitir a supressão de vantagem concedida pelo empregador (item I da Súmula 51 do C. TST) prevista em norma interna. Portanto, o reclamado não pode suprimir ou reduzir os adicionais de assiduidade e produtividade, como sustentado em suas razões recursais.

Nada a reparar."

Conforme salientou o Procurador Regional do Trabalho Jaime José Bilek Iantas (fls. 264/265),



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

"...A supressão ou redução de parcelas salariais, sem que se obedeça os contornos taxativamente delineados pela legislação é nula conforme prescreve o art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho. Não há justificativa plausível ao avanço deletério que o Município proporcionou contra os adicionais de assiduidade e produtividade.

A determinação para que se proceda a incorporação dos adicionais suprimidos se deu em plena vigência do regime contratual. Perfeitamente legal e em estrita consonância com a competência da Justiça do Trabalho."

Diante do exposto, correto o Juízo ao condenar o Município ao pagamento integral ou de diferenças a título de produtividade e DSR.

Todavia, merece reforma a sentença no que tange ao adicional de assiduidade, na medida em que foi afastada a natureza salarial que lhe havia sido atribuída na sentença.

REFORMO em parte, para excluir da condenação o pagamento de diferenças a título de adicional de assiduidade e reflexos.

A reclamante requer o reconhecimento da natureza salarial do adicional de assiduidade e, por consequência, que seja deferida a integração do referido adicional na base de cálculo das horas extras e demais consectários legais. Requer, ainda, a condenação da reclamada ao pagamento de diferenças salariais oriundas das reduções da verba assiduidade e o reajuste do adicional pelo mesmo índice de reajuste aplicado ao salário base. Aponta violação dos arts. 7º, VI, da Constituição Federal e 457, § 1º, da CLT e transcreve arestos para divergência jurisprudencial.

O recurso não alcança admissão.

De acordo com o que ficou explicitado na decisão regional, a gratificação de assiduidade era paga de forma aleatória e dependia do implemento de determinadas condições pelo empregado.

Nesse contexto, chegar a conclusão contrária no sentido de que havia habitualidade no seu pagamento e, via de consequência, natureza salarial, conforme requer a recorrente, implicaria o reexame do conjunto probatório, procedimento vedado pelos termos da Súmula n° 126 do TST.



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

Decidindo o Tribunal Regional que a gratificação de assiduidade é de natureza aleatória, não se incorporando ao contrato de trabalho, não se divisa violação à literalidade dos arts. 7º, VI, da Constituição Federal e 457, § 1º, da CLT.

Quanto aos arestos colacionados, registre-se que não servem para demonstrar divergência válida, porque partem de premissa fática diversa daquela constante no acórdão regional, prêmio-assiduidade pago com habitualidade. Incidência da Súmula n° 296 do TST.

NÃO CONHEÇO.

1.3. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.
SÚMULA VINCULANTE N° 4 DO STF

O Tribunal Regional, quanto ao tema em epígrafe, negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamante, nos seguintes termos, fls. 582-584, *verbis*:

DA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

A reclamante pleiteia a reforma da sentença para que se condene o reclamado ao pagamento de diferenças a título de adicional de insalubridade, com base nos seguintes argumentos:

- a) a orientação do STF (RE 351611/RS) é no sentido de que a base de cálculo do adicional não é o salário mínimo, mas o salário base do empregado;
- b) deve haver uma vinculação pelas instâncias inferiores aos termos, argumentos e teses do Supremo;
- c) a partir da promulgação da Constituição da República de 1988 não mais prevalece o disposto no art. 192 da CLT ;
- d) a Súmula n. 228 do TST e a OJ n. 02 da SDI-1 restam superadas.

Para os meses em que não houve o pagamento do adicional, requer seja calculado sobre o seu salário-base e, sucessivamente, sobre o piso da categoria.



**PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022**

Com relação aos valores pagos, requer sejam calculadas as diferenças a partir do salário-base e, sucessivamente, do piso da categoria.

Requer o deferimento de reflexos das diferenças em horas extras, adicional noturno, 13º salário, férias acrescidas de 1/3, aviso prévio e demais verbas rescisórias, FGTS e multa de 40%.

Consta da sentença (fls. 161/163):

"... Embora a reclamante esteja levando em conta recente decisão do STF que vedou a vinculação do salário mínimo para fins de cálculo do adicional de insalubridade, assim não se decide, neste particular, no caso destes autos, pelas seguintes razões.

Em primeiro plano a letra literal do artigo 192 da CLT (lei federal), determina que o cálculo deve seguir o salário mínimo da região, sendo no mesmo sentido decisão sumulada do próprio STF (S. 307, STF). Referido dispositivo federal não foi revogado, tão pouco é incompatível com a nova ordem constitucional.

Além disso, o inciso XXIII do art. 7º apenas assegurou que o adicional de insalubridade deve integrar a remuneração, mas não que o salário base passaria a ser considerado para fins de cálculo do referido adicional.

O fato do TST ter reeditado a súmula 17, também não traz razão à reclamante, visto que tal súmula, publicada somente em 21-11-03, elucida que a base de calculo será diversa do salário mínimo caso a lei, convenção coletiva ou sentença normativa preveja salário profissional ao empregado. Sendo que tais fatos nem sequer foram alegados pelo reclamante.

Ademais, no caso dos autos, não há qualquer instrumento coletivo que comprove salário normativo da reclamante, sendo ainda que se ressaltar que o posicionamento de que a vedação constitucional refere-se tão somente a relações comerciais e de consumo, não persistindo quanto a parcelas salariais.

Portanto, o entendimento adotado é o da Súmula n.º 228 e a orientação jurisprudencial n.º 2, ambos do Colendo TST. Não havendo qualquer outra norma específica indicada como aplicável, prevalece a norma legal pelo disposto pelo artigo 192/CLT.

Melhor sorte assiste à reclamante no que se refere à ausência de pagamento do adicional de insalubridade, haja vista que referido adicional era pago desde 1997, e não houve o pagamento no ano de 2002, sem que o réu trouxesse qualquer explicação para tanto, acrescentando-se, ainda, que no ano de 2003 voltou a ser pago e a reclamante exercia a mesma função e



**PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022**

no mesmo local exercidos em 2002, como se verifica dos cartões de ponto a partir de fls. 85.

Rejeito, portanto, os pedidos postulados nos itens 6.2 e 6.3 da inicial, e acolho o pedido de item 6.1, deferindo-se o pagamento do adicional de insalubridade nos meses em que este não ocorreu, no percentual de 20% sobre o salário mínimo.

Devida a integração do adicional de insalubridade ora deferido à remuneração para fins de cálculo de horas extras, férias com o terço constitucional e gratificação natalina (TST, SBDI-I, OJ 102)."

Não lhe assiste razão.

Em virtude da recém-editada Súmula vinculante n. 4, pelo STF, ["Salvo os casos previstos na Constituição Federal, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial"] o Judiciário encontra-se impedido de fixar base de cálculo do adicional de insalubridade.

Nesse sentido, inclusive, a recente decisão do TST:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO MÍNIMO (CLT, ART. 192) DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE (UNVEREINBARKEITSERKLARUNG) SÚMULA 228 DO TST E SÚMULA VINCULANTE 4 DO STF.

1. O STF, ao apreciar o RE-565.714-SP, sob o pálio da repercussão geral da questão constitucional referente à base de cálculo do adicional de insalubridade, editou a Súmula Vinculante 4, reconhecendo a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo, mas vedando a substituição desse parâmetro por decisão judicial. 2. Assim decidindo, a Suprema Corte adotou técnica decisória conhecida no direito constitucional alemão como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (Unvereinbarkeitserklärung), ou seja, a norma, não obstante ser declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se substituir ao legislador para definir critério diverso para a regulação da matéria. 3. Nesse contexto, ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do art. 192 da CLT e, por conseguinte, da própria Súmula 228 do TST, tem-se que a parte final da Súmula Vinculante 4 do STF não permite criar critério novo por decisão judicial, razão pela qual, até que se edite norma legal ou convencional estabelecendo base de cálculo distinta do



**PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022**

salário mínimo para o adicional de insalubridade, continuará a ser aplicado esse critério para o cálculo do referido adicional, salvo a hipótese da Súmula 17 do TST, que prevê o piso salarial da categoria, para aquelas categorias que o possuam (já que o piso salarial é o salário mínimo da categoria). Recurso de revista provido. RR - 955/2006-099-15-00, MINISTRO-RELATOR IVES GANDRA MARTINS FILHO, PUBLICAÇÃO: DJ - 16/05/2008.

Face ao exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

A recorrente sustenta que o adicional de insalubridade deve ser calculado sobre seu salário base ou sobre o piso salarial da categoria. Aponta contrariedade à Súmula Vinculante n° 4 do STF e colaciona arestos para cotejo de teses.

O Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 30/04/2008, julgando o Recurso Extraordinário n° 565.714/SP, entendeu que a vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo ofende o art. 7º, IV, da Constituição Federal. Na ocasião, aprovou o texto da Súmula Vinculante n° 4, nos seguintes termos, *verbis*:

Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Em face do efeito vinculante previsto no art. 103-A da Constituição Federal, o Tribunal Pleno desta Corte Superior, reunido em sessão de 26/06/2008, apreciando Incidente de Uniformização da Jurisprudência, aprovou a nova redação da Súmula n° 228 do TST (DJ 08, 09 e 10/07/2008), *verbis*:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.

A partir de 09.05.2008, data da publicação da Súmula Vinculante n° 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.



PROCESSO Nº TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. Nº TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

Ocorre, todavia, que o Ministro Presidente do STF, apreciando a Medida Cautelar na Reclamação nº 6266, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, deferiu a liminar para suspender a aplicação da Súmula nº 228 do TST, na parte que em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade.

Assim, apesar de reconhecer a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como indexador da base de cálculo do referido adicional, o STF tem decidido que é defeso ao Poder Judiciário estabelecer novos parâmetros para a base de cálculo da parcela, com fulcro no entendimento fixado na Súmula Vinculante nº 04 e no comando que emerge do art. 103-A da Constituição Federal de 1988.

Nessa linha de raciocínio, depreende-se que, enquanto não houver lei ou negociação coletiva prevendo nova base, o salário mínimo é o parâmetro a ser adotado.

Assim, e à luz da Jurisprudência vinculante do STF, ante a falta de previsão normativa específica, deve ser adotado o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Esse entendimento consagra o princípio da segurança jurídica e vem sendo reiteradamente confirmado por esta Corte, consoante se identifica nos seguintes precedentes da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais:

EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 11.496/2007. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (Reclamação nº 6.830 MC/PR - Paraná, publicada no DJE nº 217, em 21/10/2008), até que sobrevenha lei dispendo sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade, e não havendo previsão normativa nesse sentido, essa parcela deve ser calculada com base no salário mínimo nacional. Trata-se de dar aplicação à Súmula Vinculante nº 04 da Corte Suprema nacional, na interpretação que lhe foi dada na citada Reclamação, levando-se ainda em conta que a Súmula 17 desta Corte foi cancelada pela Resolução nº 148/2008 deste Tribunal Superior exatamente em função desses



**PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022**

pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal. Acrescenta-se, ainda, o novo posicionamento consolidado desta Corte superior, aprovado na sessão do Tribunal Pleno de 14/09/2012, em decorrência das discussões travadas na -2ª Semana do TST-, realizada de 10 a 14 de setembro daquele ano, em que foi aprovado, à unanimidade, o acréscimo à Súmula n° 228 do seguinte adendo: -súmula cuja eficácia está suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal-. Embargos não conhecidos. (E-RR - 40100-37.2005.5.09.0651, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 09/05/2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 17/05/2013)

RECURSO DE EMBARGOS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO. O Supremo Tribunal Federal, em decisão de 15/7/2008, do seu Ministro-Presidente, concedeu liminar nos autos da Reclamação n° 6.266/DF, para, aplicando a Súmula Vinculante n° 04, suspender a aplicação da Súmula/TST n° 228, na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade. Assim, não é possível a adoção do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, sob pena de ferir a Súmula Vinculante/STF n° 04. Todavia, até que se tenha base normativa regulamentando de forma específica a situação, continua-se entendendo que a base de cálculo para o adicional de insalubridade é o salário mínimo. Na situação dos autos, embora haja lei prevendo o piso salarial da categoria, ela não foi expressa em reconhecê-lo como base de cálculo do adicional de insalubridade, pelo que se encontra correta a decisão de considerar, para tanto, o salário mínimo. Recurso de embargos conhecido e desprovido. (E-ED-RR - 40900-87.2006.5.10.0009, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 09/05/2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 17/05/2013)

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SÚMULA VINCULANTE 4 DO STF. Hipótese em que a decisão da Turma reflete a jurisprudência atual desta Subseção no que se refere à base de cálculo do adicional de insalubridade, a qual considera as decisões do Supremo Tribunal Federal de edição da Súmula Vinculante 4 e de suspensão



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

da nova redação da Súmula 228 desta Corte Superior (Reclamações 6.266/DF e 6830/PR). Nesse contexto, na ausência de lei dispendo sobre a base de cálculo do adicional mencionado, e inexistindo norma coletiva fixando critério mais vantajoso, a parcela deve ser calculada sobre o salário-mínimo. Não existência de contrariedade à Súmula 228 do TST. Ademais, inadmissível o recurso de embargos interposto contra acórdão publicado após a vigência da Lei 11.496/2007, por indicação de afronta a preceito da Constituição Federal e de lei ordinária. De outra parte, inespecíficos os arestos apresentados (Súmula 296, I, do TST), uma vez que retratam casos em que a controvérsia foi dirimida à luz da Súmula 17 do TST (cancelada pela Resolução 148/2008), sem abordar os fundamentos adotados pela Turma acerca da evolução da jurisprudência após a edição da Súmula Vinculante 4 e as decisões proferidas nas reclamações supramencionadas, por parte do Supremo Tribunal Federal. Recurso de embargos não conhecido. (E-RR - 96200-81.2002.5.17.0008, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 16/08/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 24/08/2012)

Conclui-se, portanto, a sintonia da decisão do Tribunal Regional com a atual, iterativa e notória jurisprudência desta Corte.

Desse modo, nos termos do art. 896, § 7º, da CLT, e em face do efeito vinculante das decisões do STF (Súmula Vinculante nº 4 e art. 103-A da Constituição Federal), a insurgência da reclamante não merece prosperar. Resta afastada, em consequência, a análise dos arestos transcritos para cotejo de teses, porquanto já alcançado o objetivo precípuo do recurso de revista, que é a uniformização da jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho.

NÃO CONHEÇO do recurso de revista, no particular.

1.4. HORAS EXTRAS. TURNOS INTERRUPTOS DE REVEZAMENTO



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

O Tribunal Regional assim decidiu sobre o presente tema:

HORAS EXTRAS E REFLEXOS - TURNOS DE REVEZAMENTO - ACORDO DE COMPENSAÇÃO - DIFERENÇAS DE HORAS EXTRAS

Pretende a autora a reforma da sentença, para que lhe seja deferido pagamento, como extras, das horas excedentes da 6ª diária e 30ª semanal, com base nos seguintes argumentos:

- a) restou devidamente configurado o labor em turnos ininterruptos de revezamento, porque alternava sistematicamente sua jornada de trabalho a cada semana, prestando serviços ora durante o dia, ora durante a noite;
- b) que não havia acordo de compensação entre as partes, pois não há no ordenamento jurídico a presunção da existência de tal ajuste;
- c) sucessivamente, em razão da nulidade do suposto acordo de compensação, é devido o pagamento de horas extras, assim consideradas as excedentes da 8ª diária, além das excedentes da 44ª semanal, já deferidas,
- d) ainda sucessivamente, pleiteia o pagamento de diferenças de horas extras, assim consideradas as excedentes da 8ª diária, conforme demonstrativo apresentado quando da manifestação sobre a defesa.

Sobre o tema, decidiu o Juízo de primeiro grau:

"... Conforme manifestação de fls. 131/147 a reclamante reconhece como válidos os controles de jornada apresentados pelo reclamado, apresentando demonstrativo de diferenças.

Considerando que há diferenças de horas extras em razão do número e da base de cálculo, defere-se o pagamento de horas extras, assim consideradas as excedentes de 44 semanais, a apurar pelos cartões de ponto, observando a redução da hora noturna, com adicionais de 50% e 100% (este para domingos e feriados trabalhados sem folga compensatória), divisor 220 e a remuneração da reclamante, composta de salário, adicional por tempo de serviço, produtividade, DSR sobre produtividade, assiduidade, risco e insalubridade (se e enquanto pagos). Para as horas noturnas deverá ser observado o disposto no art. 73, §§ 1º e 5º, da CLT.

Os cartões de ponto demonstram que a reclamante trabalhava, em regra, em escalas 12x36 e 6x1, do que se presume acordo de compensação, em condição mais benéfica ao trabalhador, que dispunha de dois e três dias de folga por semana, razão porque



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

somente serão consideradas extraordinárias as horas excedentes de 44 semanais, não da 8ª diária.

Quanto à pretensão de que se considerem extraordinárias as horas excedentes da 6ª diária, entende o Juízo que não demonstrou a reclamante a adoção de referida jornada no transcorrer do pacto laboral. Ao contrário, temos que os documentos colacionados aos autos demonstram a inexistência de tal jornada. Assim, somente serão consideradas extraordinárias as horas excedentes de 44 semanais e não da 6ª ou 8ª diária...."

Não assiste razão à reclamante.

Em primeiro lugar, observados os controles de jornada trazidos aos autos (fls. 85/103), não se verifica a hipótese de labor em turnos ininterruptos de revezamento, porque não restou caracterizada a alternância freqüente dos turnos de trabalho da autora entre os períodos da manhã, tarde e noite. Assim, não faz jus a recorrente à jornada reduzida de seis horas diárias prevista no artigo 7º, XIV, da Constituição Federal.

(...)

Face ao exposto, MANTENHO a sentença.

A reclamante sustenta que restou devidamente configurado o trabalho em turno ininterrupto de revezamento. Afirma que havia alternância em sua jornada de trabalho em horários diurnos e noturnos. Requer a condenação do reclamado ao pagamento das horas extras e reflexos excedentes da 6ª hora diária e 30ª semanal nos meses em que se deu a alternância de turnos. Colaciona aresto para o confronto de teses.

O recurso não alcança conhecimento.

A norma inscrita no art. 7º, inciso XIV, da Constituição Federal, busca resguardar a saúde do empregado submetido ao regime de turnos ininterruptos de revezamento, que trabalhe, alternadamente, durante o dia e durante a noite, vendo comprometidos não só o seu ciclo biológico, mas também a possibilidade de convívio social e com a família.

Não há necessidade, portanto, para a caracterização do sistema, que a alternância ocorra em três turnos, bastando a



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

constatação de que o trabalho é exigido, de forma continuada e simultânea, durante o horário diurno e o noturno.

Nesse sentido é o entendimento desta Corte, consubstanciado na Orientação Jurisprudencial n° 360 da SBDI-1 do TST, *verbis*:

TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. DOIS TURNOS. HORÁRIO DIURNO E NOTURNO. CARACTERIZAÇÃO (DJ 14.03.2008)

Faz jus à jornada especial prevista no art. 7º, XIV, da CF/1988 o trabalhador que exerce suas atividades em sistema de alternância de turnos, ainda que em dois turnos de trabalho, que compreendam, no todo ou em parte, o horário diurno e o noturno, pois submetido à alternância de horário prejudicial à saúde, sendo irrelevante que a atividade da empresa se desenvolva de forma ininterrupta.

Todavia, na hipótese vertente, a Corte Regional, valorando fatos e provas, entendeu que a reclamante não estava submetida aos turnos de revezamento, sem registrar se a jornada se dava em alternância, compreendendo, em parte, o horário noturno e, em parte, o horário diurno.

Nesse contexto, as alegações recursais que insistem que a reclamante laborou em alternância de horário, compreendendo em parte o horário noturno e diurno, encontram óbice da Súmula n° 126 do TST, pois, para se chegar à conclusão pretendida pela parte, necessário o reexame do conjunto fático probatório.

No que tange ao pretendido dissenso jurisprudencial, melhor sorte não socorre a recorrente, os arestos colacionados não se prestam ao fim colimado, quer por inespecíficos, à míngua da indispensável identidade fática, o que atrai a incidência da Súmula n° 296, I, desta Corte Superior, quer porque oriundos do mesmo Tribunal prolator da decisão recorrida ou de Turma do TST, em desacordo com o que dispõe o art. 896, "a", da CLT e a Orientação Jurisprudencial n° 111 da SBDI-1 do TST.



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista, no particular.

1.5. HORAS EXTRAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO. REGIME 12X36. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM NORMA COLETIVA

O Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamante, quanto ao tema, asseverando às fls. 586-587, *in verbis*:

HORAS EXTRAS E REFLEXOS - TURNOS DE REVEZAMENTO - ACORDO DE COMPENSAÇÃO - DIFERENÇAS DE HORAS EXTRAS
(...)

Em sentença, ficou reconhecida a existência de um acordo tácito de compensação, em virtude do período em que a reclamante laborou no sistema 12 X 36, deferindo-se como extras apenas as horas excedentes da 44ª semanal.

Ao contrário do esperado pela autora, não há motivo plausível para declarar-se a nulidade desse regime de trabalho, sobretudo em se tratando de servidora que labora em postos de saúde, onde é costumeiro o trabalho no sistema de 12 x 36.

Além do mais, a orientação contida na Súmula n. 85 do TST não se mostra compatível com a Administração Pública, que em função do disposto no artigo 37 da Constituição Federal não se encontra autorizada a firmar acordos e convenções coletivas de trabalho.

Face ao exposto, **MANTENHO** a sentença.

Insurge-se a reclamante contra o acórdão do Tribunal Regional que reconheceu a validade do regime compensatório de 12 x 36, salientando equivocada a decisão regional, na medida em que é pressuposto de validade do acordo de compensação a forma escrita. Transcreve arestos para a demonstração do dissídio jurisprudencial.



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

O aresto acostado às fls. 699-701, proveniente do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, ao externar o entendimento de que só é válido acordo de compensação adotado mediante norma coletiva ou acordo individual, apresenta tese oposta à adotada pela decisão recorrida.

Logo, especificamente quanto às diferenças salariais, **CONHEÇO** do recurso de revista, por divergência jurisprudencial, na forma prevista no art. 896, a, da CLT.

1.6. INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL.
DIREITO AO PERÍODO INTEGRAL

Em relação ao tema em epígrafe, o Tribunal Regional deu parcial provimento ao recurso ordinário do reclamado com amparo nos seguintes fundamentos, *verbis*:

(...)

Por outro lado, merece parcial reforma o julgado, no que tange à supressão do intervalo intrajornada. O Juízo de primeiro grau houve por bem condenar o réu ao pagamento de uma hora diária, acrescida do adicional de 50%, pela supressão.

Os cartões-ponto demonstram que não havia registro nem pré-anotação do intervalo intrajornada no período em que a autora laborava sob o regime 12 x 36; assim, prevalece a informação contida na inicial, no sentido de que eram usufruídos 15 minutos de descanso. A partir de maio/2006 (fl. 101), a reclamante passou a registrar diariamente o intervalo usufruído.

Portanto, é devido o pagamento como extra apenas do tempo faltante para completar o intervalo mínimo previsto no artigo n. 71 da CLT; ou seja, 45 minutos diários até abril de 2006 e apurado pelos cartões a partir de maio do mesmo ano.

Face ao exposto, REFORMO a sentença para limitar a condenação ao pagamento de horas extras decorrentes da supressão do intervalo mínimo intrajornada.



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

Nas razões do recurso de revista, a reclamante alega, em síntese, que a concessão parcial do intervalo implica na remuneração do período integral e não apenas dos minutos faltantes. Indica contrariedade à Orientação Jurisprudencial n.º 307 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais e transcreve arestos para o confronto de teses.

O recurso alcança conhecimento.

Na decisão recorrida, o Tribunal Regional, após registrar que a reclamante, até abril de 2006, fruía apenas 15 minutos de intervalo intrajornada e, após esse período, registrou diariamente o intervalo usufruído nos cartões de ponto, expediu tese acerca do intervalo intrajornada, registrando que *"é devido o pagamento como extra apenas do tempo faltante para completar o intervalo mínimo previsto no artigo n. 71 da CLT"*.

Referida tese não se coaduna com a jurisprudência desta Corte Superior.

Com efeito, a Orientação Jurisprudencial n.º 307 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, que já se reportava à necessidade de pagamento total do período correspondente ao intervalo intrajornada não concedido ou parcialmente concedido, teve sua redação aglutinada ao item I da Súmula n.º 437 do TST, cujo teor se reproduz:

Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

Portanto, o Tribunal de origem, ao limitar a condenação ao período suprimido (45 minutos faltantes até abril de 2006 e, após esse período, o apurado pelos cartões), dissentiu dessa orientação.



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

Ante o exposto, **CONHEÇO** do recurso de revista por contrariedade à Súmula n° 437, item I, do TST.

1.7. DIFERENÇAS DO FGTS. ÔNUS DA PROVA

Quanto às diferenças de FGTS, estes são os termos do acórdão recorrido, fl. 1409, *verbis*:

(...)

Tendo em vista que incumbe ao autor demonstrar o fato constitutivo do seu direito (CPC, art. 333, I) e que a reclamante, na hipótese, possui aptidão para a prova, na medida em que tem livre acesso aos extratos de sua conta vinculada, a ela incumbia apontar a ausência de depósitos ou eventuais diferenças.

Face ao exposto, **MANTENHO** a sentença.

A reclamante, nas razões de recurso de revista, aduz que o ônus da prova em relação ao FGTS é do reclamado. Transcreve arestos para comprovar dissenso pretoriano.

O aresto colacionado à fl. 753, proveniente do TRT da 4ª Região, ao espelhar o entendimento de que incumbe ao empregador demandado provar o regular recolhimento do FGTS, apresenta conflito de tese válido.

Logo, **CONHEÇO** do recurso de revista, por divergência jurisprudencial, na forma prevista no art. 896, a, da CLT.

1.8. JUROS DE MORA. FAZENDA PÚBLICA

A Corte Regional, quanto aos juros de mora, deu provimento ao recurso ordinário do reclamado, pronunciando-se, às fls. 578-579, nos seguintes termos, *verbis*:

(...)

Dispõe o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997:



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

"Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano."

Diante do posicionamento já consolidado nesta Turma e com base no dispositivo legal supramencionado, REFORMO a sentença para limitar em 0,5% ao mês a taxa de juros de mora incidente sobre os créditos da reclamante.

A reclamante afirma que os juros de mora devem ser calculados a partir do ajuizamento da ação, observando-se o percentual de 1% ao mês. Aponta ofensa ao art. 39 da Lei n° 8.177/91, contrariedade à Súmula n° 200 desta Corte e transcreve arestos para comprovar dissenso pretoriano.

O recurso não alcança admissão.

Com efeito, são aplicáveis, nas condenações impostas à Fazenda Pública, os juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir de setembro de 2001, conforme determina o art. 1º-F da Lei n° 9.494, de 10/09/1997, introduzido pela Medida Provisória n° 2.180-35, de 24/08/2001, procedendo-se à adequação do montante da condenação a essa limitação legal.

Nesse sentido, Orientação Jurisprudencial n° 7 do Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, *verbis*:

7. JUROS DE MORA. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA.
(nova redação) – Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - Nas condenações impostas à Fazenda Pública, incidem juros de mora segundo os seguintes critérios:

a) 1% (um por cento) ao mês, até agosto de 2001, nos termos do § 1º do art. 39 da Lei n.º 8.177, de 01.03.1991;

b) 0,5% (meio por cento) ao mês, de setembro de 2001 a junho de 2009, conforme determina o art. 1º-F da Lei n° 9.494, de 10.09.1997, introduzido pela Medida Provisória n° 2.180-35, de 24.08.2001.

II – A partir de 30 de junho de 2009, atualizam-se os débitos trabalhistas da Fazenda Pública, mediante a incidência dos índices oficiais de



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, por força do art. 5º da Lei n.º 11.960, de 29.06.2009.

III - A adequação do montante da condenação deve observar essa limitação legal, ainda que em sede de precatório.

Logo, a hipótese resolve-se pela aplicação do art. 896, § 7º, da CLT, por si só suficiente a inviabilizar a cognição do recurso de revista, sob qualquer ângulo.

NÃO CONHEÇO.

1.9. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O Tribunal Regional do Trabalho, no tocante aos honorários advocatícios, negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamante. A decisão foi proferida, às fls. 592-594, nos seguintes termos, *verbis*:

(...)

Os honorários de advogado a que se referem os arts. 389, 402 e 404 do novo Código Civil restringem-se às relações jurídicas de direito material comum, pelo não cumprimento das obrigações contraídas pelas partes.

Por conseguinte, sendo os honorários sucumbenciais de natureza diversa, regidos pelas normas processuais, improcede, no meu entender, a aplicabilidade dos dispositivos mencionados.

O Direito do Trabalho possui normas próprias, em se tratando de inadimplência de obrigações trabalhistas. De igual forma, possui normas específicas quanto ao não cabimento dos honorários advocatícios no mecanismo da Justiça do Trabalho, salvo os assistenciais em favor do Sindicato.

A Lei 5.584/70, art. 14 e seguintes, prevê a concessão de honorários assistenciais apenas nos casos em que o trabalhador comprovar a percepção de salário igual ou inferior ao dobro do mínimo vigente, ficando assegurado igual benefício àquele que declarar seu estado de miserabilidade, sendo necessário, ainda, estar assistido pela entidade sindical.



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

Neste sentido, também as orientações contidas nas Súmulas 219 e 329 do E. TST.

De acordo com a Súmula 219 mencionada, na Justiça do Trabalho os honorários advocatícios não decorrem do princípio da sucumbência.

Ademais, ainda prevalece nesta Justiça Especializada, mesmo após o advento do art. 133 da Constituição Federal, o *jus postulandi*, previsto no art. 791 da CLT, que permite a parte postular pessoalmente em juízo.

As Orientações Jurisprudenciais 304 e 305 da SDI-1 do C. TST prevêem ser devida a concessão da verba em tela sempre que houver a simples afirmação do requerente, ou de seu advogado, na petição inicial, de insuficiência econômica, exigindo apenas a ocorrência concomitante da assistência sindical e os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Portanto, considerando-se que no caso em apreço o requisito da assistência sindical não foi atendido, não faz jus a reclamante ao pagamento de honorários advocatícios.

MANTENHO.

A reclamante insurge-se contra a decisão, sustentando que os honorários advocatícios são devidos mesmo que a parte não se encontre assistida pelo sindicato da categoria. Indica violação dos arts. 5º, LV, e 133 da Constituição da República, 20 e 126 do CPC, 8º e 769 da CLT e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, além de transcrever arestos para confronto de teses.

Não prosperam seus argumentos.

Na Justiça do Trabalho, para as controvérsias oriundas da relação de emprego, a condenação em honorários advocatícios está condicionada à concomitância de dois requisitos distintos, assim estabelecidos pela Lei 5.584/70: assistência sindical e benefício da Justiça Gratuita, conforme o entendimento sedimentado nas Súmulas n^{os} 219, I, e 329 do TST, que, respectivamente, dispõem, *verbis*:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO (nova redação do item II e inserido o item III à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011



**PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022**

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (ex-Súmula nº 219 - Res. 14/1985, DJ 26.09.1985)

**HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988
(mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003**

Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

Cita-se, ainda, a Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1, desta Corte Superior, *verbis*:

**HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. JUSTIÇA
DO TRABALHO.**

Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato.

Nessa perspectiva, sendo incontroverso que a reclamante está representada por advogado particular, o Tribunal Regional, ao indeferir o pedido de honorários advocatícios, decidiu em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, circunstância que inviabiliza o recurso de revista, a teor art. 896, § 7º, da CLT e da Súmula nº 333 do TST.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista.

2. MÉRITO

**2.1. HORAS EXTRAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO. REGIME
12X36. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM NORMA COLETIVA**



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

Trata-se de hipótese em que o Tribunal Regional concluiu pela validade do acordo de compensação pela adoção do regime de trabalho de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso (12x36) ao fundamento de que *"ficou reconhecida a existência de um acordo tácito de compensação, em virtude do período em que a reclamante laborou no sistema 12 X 36, deferindo-se como extras apenas as horas excedentes da 44ª semanal. Ao contrário do esperado pela autora, não há motivo plausível para declarar-se a nulidade desse regime de trabalho, sobretudo em se tratando de servidora que labora em postos de saúde, onde é costumeiro o trabalho no sistema de 12 x 36"*. (fls. 586)

O art. 58, *caput*, da CLT, estabelece que "A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite".

A Carta Magna de 1988, em seu art. 7º, inciso XIII, assegura que a duração normal do trabalho não deve ser superior a oito horas por dia e quarenta e quatro por semana, mas faculta a compensação de horários e a redução da jornada estipulada em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Verifica-se, portanto, que, se a compensação de horário é assegurada na Constituição Federal, a adoção da jornada de 12 x 36 é plenamente válida, desde que esteja condicionada a acordo ou convenção coletiva, o que não ocorreu no caso concreto, consoante se extrai do acórdão recorrido.

A jurisprudência desta Corte Superior, em sintonia com o art. 7º, XIII e XIV, da Constituição Federal, firmou-se no sentido de reconhecer a validade da adoção do regime 12 x 36, desde que tenha amparo em negociação coletiva, por se tratar de jornada mais benéfica ao empregado, sendo que a ausência de tal previsão em norma coletiva descaracteriza o regime compensatório.

Em convergência com o exposto, indicam-se os seguintes precedentes, *verbis*:



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. JORNADA 12x36. AUSÊNCIA SUPERVENIENTE DE PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE. 1. Nos termos da iterativa jurisprudência desta Corte superior, somente se admite a jornada em escala de 12x36 horas quando existente previsão expressa em norma coletiva. 2. Reconhecida a invalidade da jornada em escala de 12x36 horas, resulta devido apenas o adicional de labor extraordinário sobre as horas que ultrapassaram a 8ª diária, limitadas à 44ª semanal. Quanto às horas que excederam a 44ª semanal, são devidas como extras, acrescidas do respectivo adicional. 3. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. (RR - 195100-92.2009.5.08.0206, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT 26/08/2011).

RECURSO DE EMBARGOS ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.496/2007. HORAS EXTRAS - REGIME 12X36- AUSÊNCIA DE NORMA COLETIVA. Hipótese em que restou evidenciada a inexistência de acordo coletivo prevendo a adoção do regime 12x36 no período de 1º/01/1996 a 31/08/1996, sendo que tal regime horário era efetivamente praticado, não havendo notícia de dilação da jornada máxima de quarenta e quatro horas semanais. De acordo com a jurisprudência reiterada desta Corte, o regime de 12 horas de trabalho por 36 de descanso somente tem validade quando autorizado por acordo ou por convenção coletiva de trabalho, sob pena de ofensa ao art. 7º, inc. XIII, da Constituição Federal. A inexistência de acordo coletivo que justifique a adoção do referido regime o descaracteriza como um sistema de compensação de jornadas. O tempo excedente da oitava hora diária deverá ser computado como extra. Recurso de embargos conhecido e provido. (E-ED-RR - 163800-48.1999.5.17.0001, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 06/05/2011).

HORAS EXTRAS. JORNADA DE 12X36. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, respeitado o limite semanal, o regime de compensação previsto em norma coletiva, fixando jornada de 12 horas de trabalho por 36 de descanso é válido, sendo indevido o pagamento de



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

adicional de horas extras relativamente às horas trabalhadas após a décima diária. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento. (E-RR - 41800-91.2005.5.15.0033, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 17/12/2010).

RECURSO DE REVISTA. [...] HORAS EXTRAS. JORNADA 12X36. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO COLETIVA. A jornada 12x36, segundo a jurisprudência desta Casa, só é passível de adoção por negociação coletiva. Tendo o TRT registrado que -o demandado não trouxe aos autos qualquer instrumento pactuando o sistema de compensação de jornada, não sendo o acordo tácito meio idôneo para afastar a incidência do art. 58 da CLT-, é de se concluir pela invalidade do regime 12x36 alegado pelo Município reclamado. Inaplicável, por consequência, o item III da Súmula 85/TST. Recurso de revista não conhecido.[...] **EM CONCLUSÃO: RECURSO DE REVISTA PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.** Processo: RR - 765-27.2010.5.07.0025, Data de Julgamento: 07/12/2011, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/12/2011.

Pacificando a controvérsia, esta Corte Superior adotou a Súmula n° 444, de seguinte teor, *verbis*:

JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. – (Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504.280/2012.2 - DEJT divulgado em 26.11.2012)

É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.



**PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022**

O Tribunal Regional, ao reconhecer a validade do acordo tácito de compensação, divergiu da jurisprudência desta Corte Superior.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de revista para, reformando o acórdão recorrido, reconhecer a invalidade da jornada em regime de 12x36 horas, sem previsão em negociação coletiva, e, em consequência, condenar o reclamado ao pagamento das horas excedentes a 8ª diárias e 44ª semanais e reflexos.

**2.2. INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL.
DIREITO AO PERÍODO INTEGRAL.**

Conhecido o recurso de revista por contrariedade à Súmula n° 437, item I, do TST, **DOU-LHE PROVIMENTO** para, reformando o acórdão recorrido, condenar a reclamada ao pagamento de 01 hora diária a título de horas extras pelo intervalo intrajornada, acrescido do adicional mínimo de 50%, e reflexos, conforme se apurar em liquidação.

2.3. DIFERENÇAS DO FGTS. ÔNUS DA PROVA

A distribuição do ônus da prova nos casos de pedido de diferenças do FGTS foi objeto de recente debate da composição plenária desta Corte Superior, e concluiu-se, em face do princípio da aptidão para a prova, que cabe ao empregador o ônus de comprovar a regular quitação das contribuições devidas ao FGTS. Por esse motivo, resultou cancelada a Orientação Jurisprudencial n° 301 da SBDI-1 desta Corte superior, consoante Resolução n° 175/2011, publicada no DEJT dos dias 27, 30 e 31/05/2011.

No mesmo sentido, o seguinte precedente desta 1ª Turma:

(...)

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA.
DIFERENÇAS DO FGTS. ÔNUS DA PROVA. Não se dá provimento ao**



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

agravo de instrumento que visa a destrancar recurso de revista despido de pressuposto intrínseco estabelecido no art. 896 da CLT. O Tribunal Superior do Trabalho, em sua composição plenária, no tocante à distribuição do ônus da prova na hipótese de pedido de diferenças do FGTS, concluiu que, tendo em vista o princípio da aptidão para a prova, cabe ao empregador o ônus de comprovar a regular quitação das contribuições devidas ao FGTS, razão pela qual restou cancelada a Orientação Jurisprudencial nº 301 da SBDI-1 desta Corte Superior, consoante a Resolução nº 175/2011, publicada no DEJT dos dias 27, 30 e 31/05/2011. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST-AIRR-4640964-06.2010.5.05.0000, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DEJT 29/11/2013).

Corroborando, ainda, esse entendimento o seguinte precedente da SBDI-1 desta Corte:

FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. A teor do art. 818 da CLT, a provadas alegações incumbe à parte que as fizer, e, nos termos do art. 333 do CPC, incumbe ao autor o ônus da provado fato constitutivo do seu direito (inc. I) e ao réu o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor (inc. II). Dessa forma, tendo a reclamada alegado o correto recolhimento dos valores relativos ao FGTS, sustentou fato extintivo do direito alegado pela reclamante, atraindo para si o ônus da prova, nos termos do art. 333, inc. II, do CPC. Note-se que, com o cancelamento da Orientação Jurisprudencial 301 da SDI-1, esta Corte tem adotado o entendimento de que, em se tratando de pedido de diferenças de FGTS, é do reclamado o ônus da provada inexistência de diferenças, uma vez que é do empregador a obrigação legal de efetuar os recolhimentos dos valores relativos ao FGTS na conta vinculada do empregado. Precedentes. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento. (TST-E-RR-117800-10.1998.5.02.0464, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, SBDI-1, DEJT 14/12/2012).

Diante do exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de revista para, estabelecendo que o ônus de comprovar o correto



PROCESSO N° TST-RR-224000-33.2006.5.09.0022
C/J PROC. N° TST-AIRR-224040-15.2006.5.09.0022

recolhimento do FGTS incumbe ao empregador, condenar o reclamado ao pagamento de diferenças de FGTS, nos limites do pedido, a serem apuradas em liquidação de sentença.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista quanto aos temas "Horas extras. Acordo de compensação. Regime 12X36. Ausência de previsão em norma coletiva", por divergência jurisprudencial; "Intervalo Intrajornada. Concessão Parcial. Direito ao Período Integral", por contrariedade à Súmula n° 437, item I, do TST; e "Diferenças do FGTS. Ônus da prova", por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar o reclamado ao pagamento das horas excedentes da 8ª diárias e 44ª semanais e reflexos; para deferir o pagamento de 01 hora diária a título de horas extras pelo intervalo intrajornada, acrescido do adicional mínimo de 50%, e reflexos; e para, estabelecendo que o ônus de comprovar o correto recolhimento do FGTS incumbe ao empregador, condenar o reclamado ao pagamento de diferenças do FGTS, nos limites do pedido, a serem apuradas em liquidação de sentença. Valor da condenação acrescido em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com custas de R\$ 100,00 (cem reais), pelo reclamado, isento na forma da lei.

Brasília, 06 de maio de 2015.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

WALMIR OLIVEIRA DA COSTA
Ministro Relator