PROCESSO Nº TST-RR-59700-84.2009.5.09.0657

A C Ó R D Ã O
5ª Turma
EMP/mc/ebc

PRELIMINAR DE NULIDADE. ACÓRDÃO DO REGIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL
Constata-se que o Tribunal de origem nada mais fez do que lançar mão do princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC). A decisão que se ampara no conjunto probatório dos autos não viola os dispositivos indicados. Ademais, incide a Orientação Jurisprudencial 118 da SbDI-1 do TST.
Não conhecido.

PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO. INTERRUPÇÃO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.
O TRT decidiu em sintonia com a Orientação Jurisprudencial nº 375 da SbDI-1 do TST. Incidentes os termos da Súmula nº 333 do TST.
Não conhecido.

HORAS EXTRAS.
Segundo o TRT, o reclamante não comprovou suas alegações, razão por que não se divisa contrariada a orientação traçada na Súmula nº 85 do TST.
Não conhecido.

INTERVALO PREVISTO NO ART. 384 DA CLT – DIREITO EXCLUSIVO DA MULHER
O aresto transcrito trata do direito da mulher, razão pela qual não se configurou a divergência jurisprudencial, a teor da Súmula 296 do TST.
Não conhecido.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

PROCESSO Nº TST-RR-59700-84.2009.5.09.0657

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.
Diante dos limites impostos na Súmula Vinculante nº 4 do STF, na qual, mesmo afastando-se o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, se ressalta que outro parâmetro não pode ser fixado mediante decisão judicial, entende-se que, na ausência de instrumento coletivo ou de lei expressamente fixando base de cálculo diversa, subsiste o salário mínimo como parâmetro de cálculo do adicional de insalubridade.
Não conhecido.

DIFERENÇAS DE DEPÓSITOS DO FGTS. GUIAS. ÔNUS DA PROVA.
Esta Corte, recentemente, debateu exaustivamente o tema e concluiu que cabe ao empregador o ônus de comprovar os depósitos do FGTS. Por esse motivo, resultou cancelada a Orientação Jurisprudencial nº 301 da SBDI-I desta Corte. **Precedentes.**
Conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-59700-84.2009.5.09.0657**, em que é Recorrente **APARECIDO FERREIRA DE MELO** e Recorrido **MULT USOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA.**

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, manteve a sentença quanto às horas extras, à base de cálculo do adicional de insalubridade, à indenização por danos morais, à prescrição – suspensão, ao intervalo previsto no art. 384 da CLT e às diferenças de depósitos do FGTS – guias - ônus da prova.

Os embargos de declaração opostos pelo reclamante foram rejeitados com aplicação da multa do art. 538 do CPC.

O reclamante interpôs recurso de revista, com fulcro no artigo 896, "a" e "c", da CLT.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

O apelo foi admitido pela Presidência da Corte Regional quanto ao tema "base de cálculo do adicional de insalubridade".

Contrarrazões foram apresentadas.

Não houve remessa dos autos ao d. Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

I – CONHECIMENTO.

Atendidos os pressupostos comuns de admissibilidade do recurso de revista, passa-se ao exame dos pressupostos específicos.

PRELIMINAR DE NULIDADE. ACÓRDÃO DO REGIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O reclamante suscita preliminar de nulidade do v. acórdão recorrido por negativa de prestação jurisdicional, sustentando que o Tribunal de origem, apesar de instado mediante a oposição de embargos de declaração, não se manifestou sobre as seguintes alegações:

a) que o regime de compensação é nulo, em face da inobservância de seus termos ou, mesmo que assim não fosse, o regime de compensação/prorrogação de jornada resta descaracterizado, ante a realização de horas extras habituais, nos termos da Súmula 85 do TST;

b) que a base de cálculo fixada sobre o salário mínimo é prejudicial ao trabalhador que recebe remuneração maior e/ou possui piso salarial da categoria maior que mínimo nacional; e

c) sobre a existência ou não da concausalidade, no caso da doença profissional e, principalmente sobre o que a C. Turma do Regional entendia por concausalidade.

Indica afronta aos arts. 93, IX, da Constituição da República, 458 do CPC e 832 da CLT.

Com relação à nulidade do regime de compensação de jornada, sem razão o reclamante, pois o TRT concluiu, no acórdão que julgou os embargos de declaração, que "*no presente caso não foi comprovado*

o labor extraordinário. Desse modo, desnecessária análise relativa ao acordo de compensação".

Quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade, o TRT aduziu no acórdão que julgou os embargos de declaração:

> A v decisão embargada encontra-se devidamente fundamentada quanto a base de cálculo do adicional de insalubridade sobre o salário mínimo Também encontra sólida fundamentação quanto à exegese da Súmula 4 do Eg. STF, revelando os presentes embargos, como já mencionado anteriormente, apenas mero inconformismo com a decisão.

No tocante à concausalidade, o TRT de origem, na decisão dos embargos de declaração, esclareceu:

> Sem razão. O julgado foi contundente vez que adotou a conclusão do perito que reconheceu que a moléstia que acomete o reclamante é congênita e degenerativa. Desse modo desnecessária a menção a concausalidade com a doença profissional.

Ora, o conjunto probatório dos autos é de livre apreciação e valoração pelo magistrado, formando, assim, o seu convencimento definitivo. Tal posicionamento, contudo, não caracteriza negativa de prestação jurisdicional.

Ademais, quanto aos temas indicados não prospera a acenada nulidade, porquanto o Regional expôs tese sobre as matérias invocadas nos embargos de declaração (Orientação Jurisprudencial 118 da SbDI-1 do TST).

Não conheço.

PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO. INTERRUPÇÃO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

O Tribunal Regional consignou os seguintes fundamentos:

> "(...)
>
> Conquanto o contrato de trabalho fique suspenso no período de afastamento com percepção de auxílio-doença, ou nos casos de aposentadoria por invalidez, por força do disposto nos artigos 475 e 476 da Consolidação das Leis do Trabalho, a suspensão contratual não enseja a suspensão da fluência do prazo prescricional quinquenal a que alude o art. 7o, inciso XXIX, da Constituição da República, pois são situações jurídicas distintas: A primeira visa resguardar o contrato de trabalho do empregado e a segunda tem por objetivo a estabilidade e a paz das relações sociais.
>
> Afora isto, durante a suspensão do contrato o empregado não estava impedido de ajuizar ação para a defesa de seus direitos - tanto que o fez.
>
> Malta:
>
> (...)
>
> Por fim, em relação ao prequestionamento aventado, tem-se que a análise pormenorizada realizada por este ad quem, nos presentes autos, já importou razoável interpretação da matéria prequestionada e objeto específico da insurgência recursal.
>
> Nada a reparar.

O reclamante sustenta que a percepção de auxílio-doença interrompe a contagem do prazo prescricional, diante da suspensão do contrato de trabalho, e, em virtude de haver sido acometido o recorrente de doença, com percepção de aposentadoria por invalidez, opera-se igualmente a suspensão do fluxo do prazo prescricional. Aponta violação dos artigos 475 da CLT; 170, I, do CC/16 (art. 199, I, do CC/02). Transcreve arestos para demonstrar o dissenso pretoriano.

Razão não assiste ao reclamante.

O Tribunal Regional, ao negar provimento ao recurso ordinário obreiro, concluiu que a suspensão contratual não enseja a

suspensão da fluência do prazo prescricional quinquenal a que alude o art. 7º, inciso XXIX, da Constituição da República.

Assim, decidiu em sintonia com a Orientação Jurisprudencial nº 375 da SbDI-1 do TST: "A suspensão do contrato de trabalho, em virtude da percepção do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, não impede a fluência da prescrição quinquenal, ressalvada a hipótese de absoluta impossibilidade de acesso ao Judiciário".

Incidentes os termos da Súmula nº 333 do TST.

Não conheço.

HORAS EXTRAS.

O Tribunal Regional consignou os seguintes fundamentos:

> "(...)
>
> O autor afirma na inicial, que praticou a jornada de segunda à sexta-feira, inclusive nos feriados, das 07h45 às 23 horas, e aos sábados das 08 às 13 horas, com intervalo intrajornada de uma hora.
>
> A reclamada, em contestação, diz que o horário ajustado e praticado entre as partes foi das 08h00 às 12h00 e das 13h00 às 17h00, de segunda à sexta-feira e das 08h00 às 12h00 aos sábados, afirmando que as horas extras realizadas foram devidamente saldadas. Juntou cartões de ponto e recibos salariais, que revelam o pagamento a título de horas extras.
>
> Tais horários foram confirmados pelo contrato de trabalho acostado aos autos, fls. 17 do volume de documentos, não se distinguindo dos horários anotados nos cartões ponto do período não prescrito, variando praticamente conforme o horário declarado em defesa. Também se verifica que as horas extraordinárias realizadas, foram quitadas, citando-se como exemplo os cartões de ponto de fls. 79 do volume de documentos (janeiro, fevereiro e março de 2003), em cotejo com os respectivos recibos de pagamento de salário de fls. 93 e 94, que registram 4hl6, 2h29 e 3h37 realizados de forma extraordinária.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Não houve produção de prova testemunhal, tendo as partes repetido em seus depoimentos os horários supra.

Embora tenha impugnado os documentos, não logrou êxito o autor, em desconstituir os registros de jornada apresentados pela parte adversa, lembrando que incumbe ao autor demonstrar cabalmente a realização de jornada de trabalho que exceda os limites constitucionalmente previstos, visto que fato constitutivo do seu direito, a teor do disposto no art. 818 da CLT e do art. 333, inciso I, do CPC.

Assim, competia ao autor produzir, prova firme, segura e convincente no sentido de que trabalhava em regime de sobrejornada por tempo superior ao efetivamente remunerado pela ré, o que deixou de fazer.

Ademais, constatou-se que a ré pagava as horas extras laboradas, como já destacado acima, sendo ônus da parte autora provar e demonstrar o alegado, indicando onde estão e a quanto montam essas diferenças de horas extras em seu favor, ao menos por amostragem. No entanto, não houve a demonstração de horas extras impagas.

Logo, como a parte não obteve êxito em provar a existência de labor excessivo sem a devida contraprestação ou remuneração, mantém-se o decidido.

Com relação ao adicional noturno, como disposto na r. sentença atacada e confirmado com o exame dos registros de jornada, reconhecidos como perfeitamente válidos, inexistem, no período imprescrito, horas realizadas em horário noturno, não havendo motivo para reforma do julgado.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO.

Com relação à nulidade do regime de compensação de jornada, o TRT asseverou - embargos de declaração - que "*no presente caso não foi comprovado o labor extraordinário. Desse modo, desnecessária análise relativa ao acordo de compensação*".

O reclamante sustenta que resulta incontroverso e reconhecido pelo próprio acórdão guerreado que havia labor extraordinário de forma habitual. Assim, entende que, mesmo havendo o pagamento de horas extraordinárias, a habitualidade atrai a aplicação da Súmula 85 do TST.

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 100036810079DDA26CE.

Razão não assiste ao reclamante.

O Tribunal Regional, ao negar provimento ao recurso ordinário obreiro, concluiu que o reclamante não comprovara suas alegações.

Ora, o TRT transcreveu parte da sentença:

> Como disse a ré, o limite de jornada está claramente definido no contrato de trabalho de fl. 17 e é ratificado pelos horários anotados nos cartões de ponto, que consignam a previsão **e cumprimento de uma jornada de 44 horas semanais, distribuída de segunda a sábado.**
>
> Com isso, é inverídica a alegação do autor de que teria sido contratado para cumprir jornada de 6 horas diárias, 30 semanais.

Convém salientar que na petição inicial (fl. 59 do processo eletrônico) o reclamante não mencionou qualquer compensação de jornada, alegando apenas o seguinte:

> DAS HORAS EXTRAS
>
> Cumpre destacar que o obreiro durante todo o período laborado realizou inúmeras horas extras, pois prestava nos horários explicitados na descrição fática. Cumpre destacar que a jornada de trabalho superava as 6h diárias e 30h semanais, pactuadas entre as partes.

Apenas nas razões de recurso ordinário argumentou que a reclamada havia sustentado compensação de jornada, inovando suas alegações.

Assim, não demonstrou o reclamante a alegada habitualidade, muito menos compensação de jornada, razão pela qual não resulta demonstrada a contrariedade à Súmula 85 do TST.

Não conheço.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

PROCESSO Nº TST-RR-59700-84.2009.5.09.0657

INTERVALO PREVISTO NO ART. 384 DA CLT. DIREITO EXCLUSIVO DA MULHER

O Tribunal Regional consignou os seguintes fundamentos:

> "Entretanto, esta Turma firmou entendimento contrário, adotando o posicionamento assente no acórdão publicado pelo TST em 13/02/09 quando, julgando o IIN-RR-1540/2005-046-12-00.5, rejeitou o incidente de inconstitucionalidade do artigo 384 da CLT. Tal entendimento, a partir de então, vem sendo admitido naquela Corte.
>
> Precedente: TRT-PR-10008-2006-651-09-00-0, RO 6796/2009, Publicado em 17/07/2009, Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes.
>
> No entanto, ressalte-se, consoante mencionado nos autos TRT-PR-00491 -2008-671 -09-00-1 - ACO-31120-2009-publ-22-09-2009, de Relatoria do Exmo. Desembargador Ubirajara Carlos Mendes, em acórdão publicado em 13.02.09, o Tribunal Pleno do C. TST, julgando o IIN-RR-1540/2005-046-12-00.5, rejeitou o incidente de inconstitucionalidade do art. 384 da CLT, **mas consignou sua aplicação exclusivamente à mulher**, com fundamento na igualdade substancial, conforme ementa que segue:
>
> (...)
>
> A partir de então, a jurisprudência do C. TST pacificou o deferimento do pagamento, como extra, do intervalo previsto no art. 384 da CLT, mas somente à trabalhadora mulher:
>
> (...)
>
> **Portanto, o art. 384 da CLT não se aplica ao reclamante, do sexo masculino, vez que destinado à proteção do trabalho da mulher.**
>
> NEGO PROVIMENTO.

O reclamante sustenta que o art. 384 da CLT foi sim recepcionado pela atual CF/88 e, aliás, deve ser aplicado, também, aos homens, em homenagem ao princípio da isonomia, igualdade de direitos

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

entre homens e mulheres. Transcreve aresto para demonstrar o dissenso pretoriano.

Razão não assiste ao reclamante.

O aresto transcrito trata do direito da mulher, razão pela qual não se configurou a divergência jurisprudencial, a teor da Súmula nº 296 do TST.

Não conheço.

BASE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.

O Tribunal Regional consignou os seguintes fundamentos:

> Esta C.Turma tem firmado entendimento no sentido de que a base cálculo do adicional de insalubridade é o salário mínimo, considerando o teor da Súmula Vinculante nº 4 e da Reclamação STF nº 6.266-0/DF, salvo quando houver cláusula normativa específica afirmando o contrário, ou seja, que dita base de cálculo é o piso da categoria, hipótese em que sobre este incidirá o aludido adicional, dado a que não mais se verificará lacuna normativa.

O reclamante sustenta que a base de cálculo do benefício é o piso da categoria ou a remuneração. Indica a contrariedade à Súmula 17 do TST e à Súmula Vinculante 04 do STF, pois a utilização do salário mínimo confirmada pelo acórdão não decorre da CF/88, e a dita súmula é clara no sentido de que o salário mínimo não pode ser usado como indexador nem ser substituído por sentença.

Razão não assiste ao reclamante.

Por longo período, prevaleceu no âmbito desta Corte o entendimento de a adoção do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade não resultar em fator de indexação econômico, revelando-se apenas como mais um parâmetro de cálculo, evitando-se a adoção de critérios vários e aleatórios.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

Essa orientação jurisprudencial perdurou até o momento em que sobreveio a edição da Súmula Vinculante nº 4, mediante a qual a excelsa Corte expressamente coibiu a utilização do salário mínimo como base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, ressalvando a impossibilidade de ser substituído tal parâmetro por decisão judicial.

Com vistas a adequar o texto da Súmula nº 228 ao comando da Súmula Vinculante nº 4 do STF, o Pleno desta Corte, na sessão realizada em 26/06/08, reformulou sua redação, estabelecendo que, a partir de 09/05/08, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade seria calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

Proposta Reclamação Constitucional pela Confederação Nacional da Indústria em desfavor do Tribunal Superior do Trabalho, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, concedeu medida liminar em 05/08/2008, com o fim de suspender a aplicação da Súmula nº 228 do TST, com a nova redação conferida pela Resolução do Tribunal Pleno nº 148/2008.

Como fundamento para assim decidir, Sua Excelência esclareceu, que, diante da ressalva expressa na parte final da Súmula Vinculante nº 4, mesmo afastado o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, outro parâmetro não poderia ser fixado mediante decisão judicial, mas apenas por meio de lei ou se eleita base diversa em norma coletiva.

Nesse caso, na ausência de instrumento coletivo ou de lei expressamente fixando base de cálculo diversa, subsiste o salário mínimo como parâmetro de cálculo do adicional de insalubridade.

Dessa forma, a base de cálculo do adicional de insalubridade, enquanto não editada norma específica, deve ser o salário mínimo, mantendo o entendimento consagrado na parte inicial da antiga

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

redação da Súmula 228 do TST, uma vez que não cabe ao Poder Judiciário fixar base de cálculo diversa da prevista em lei.

Verifica-se, ainda, que a Súmula 17 do TST, que consagrava a adoção do salário profissional ou piso salarial como base de cálculo do adicional de insalubridade, foi cancelada pela Res. 148/2008 por contrariar a Súmula Vinculante nº 4 do STF. E o próprio STF, em recente decisão (Reclamação nº 7579/DF-MC, DJ e de 18/2/2009), também reconheceu que a adoção do salário profissional como base de cálculo do adicional contraria a aludida Súmula Vinculante.

Outro, aliás, não é o entendimento que, paulatinamente, vem sendo construído no âmbito de Turmas e da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte, conforme exemplificam os seguintes precedentes:

> "RECURSO DE EMBARGOS DA RECLAMADA - ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 11496/2007. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO EXCELSO STF - SUSPENSÃO LIMINAR DA SÚMULA Nº 228 DO TST. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM DECLARAÇÃO DE NULIDADE. Conclui-se da detalhada descrição do julgamento do caso líder pelo Plenário do excelso STF (conforme notícias divulgadas no Informativo - STF-510) que, não obstante tenha sido mantida a conclusão de que o artigo 7º, IV, da Constituição Federal de 1988 veda a utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, deve ser mantida aquela base de quantificação, seja em nome da inexistência de pronunciamento erga omnes no caso líder, seja pela vedação da atuação do excelso STF como legislador positivo, ou ainda pela impossibilidade de reformatio in pejus de decisões em favor dos autores das centenas de milhares de ações trabalhistas que ingressaram em juízo para ver aumentada, e não reduzida ou congelada, a base de cálculo do referido adicional. Assim, nos termos de r. despacho do e. Presidente do excelso Pretório -o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva- (R-6266-DF). Precedentes deste c. Tribunal. Recurso de embargos da Reclamante não conhecido mais uma vez quanto ao tema -base de cálculo do adicional de insalubridade-. Recurso de embargos conhecido e provido" (E-RR-532/2003-048-15-00.6, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires,

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 06/03/2009);

"EMBARGOS - ACÓRDÃO PUBLICADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO MÍNIMO

1. O E. Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante nº 4, publicada em 9/5/2008, entendeu que, por um lado, a Constituição vedou o uso do salário mínimo como base de cálculo e, por outro, não elegeu o salário ou a remuneração do trabalhador para esta função.

2. Conforme se extrai da transcrição dos debates ocorridos na sessão de julgamento do precedente que levou o E. STF a editar a aludida súmula vinculante, tem-se que esta deixa a resolução sob responsabilidade do Legislativo ou das partes coletivas, preservando, até a edição de norma específica ou convenção coletiva de trabalho, a base de cálculo historicamente utilizada.

3. Assim, o adicional de insalubridade, enquanto perdurar o vácuo legislativo em questão, deve ser pago nos moldes em que historicamente o foi, conforme entendimento consagrado na Súmula nº 228 do TST, em sua antiga redação.

Embargos não conhecidos." (E-RR-1255/2002-079-15-00.6, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 06/03/2009);

"EMBARGOS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EM GRAU MÁXIMO. CONTATO COM PACIENTES PORTADORES DE DOENÇA INFECTO-CONTAGIOSA EM ISOLAMENTO (CTI). DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. Não merece reforma decisão da C. Turma que mantém o julgado regional que reconheceu o direito do empregado ao recebimento de adicional de insalubridade em grau máximo, em face da prova que constatou o contato com pacientes portadores de doença infecto-contagiosa em isolamento. O entendimento não comporta divergência jurisprudencial, porque nenhum dos arestos examina o tema sob a mesma premissa fática. Embargos não conhecidos.

EMBARGOS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SUSPENSÃO DA SÚMULA 228 DO C. TST POR DECISÃO DO E. STF. DECISÃO DA C. TURMA QUE APLICA A REDAÇÃO ATUAL DA SÚMULA. APLICAÇÃO INDEVIDA. CONTRARIEDADE À SÚMULA VINCULANTE 4 DO E. STF. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. MANUTENÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO BASE DE CÁLCULO, ATÉ EDIÇÃO DE LEI POSTERIOR SOBRE O TEMA. A decisão do E. STF que elaborou a Súmula Vinculante 4, conforme bem definido em decisão mais recente daquela Corte Maior, não permite a imposição de outra base de cálculo para o adicional de insalubridade, ainda

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

que considerada inconstitucional a vinculação do pagamento ao salário mínimo. O E. STF entendeu que o art. 7º, IV, da CF, revoga a norma que adota o salário mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade, mas não permite a atuação do judiciário em substituição para determinar a base de cálculo, e não admite, também, a adoção de outro referencial, não previsto em lei. Assim, enquanto não houver lei prevendo a base de cálculo do adicional, o salário mínimo é o parâmetro a ser adotado, não sendo possível que o cálculo se faça sobre salário normativo ou salário profissional, por ausência de previsão legal. Tal entendimento possibilita a observância ao princípio da segurança jurídica que norteia o Estado de Direito e o devido processo legal. Embargos conhecidos e providos.

HONORÁRIOS PERICIAIS - SUCUMBÊNCIA E HONORÁRIOS DE ADVOGADO. Não cumprido o requisito do art. 894, II, da CLT, nos tópicos. Embargos não conhecidos." (E-RR-1794/2004-001-17-00.4, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 20/02/2009); e

"RECURSO DE EMBARGOS DA RECLAMANTE - BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO EXCELSO STF - SUSPENSÃO LIMINAR DA SÚMULA Nº 228 DO TST. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM DECLARAÇÃO DE NULIDADA. Conclui-se da detalhada descrição do julgamento do caso líder pelo Plenário do excelso STF (conforme notícias divulgadas no Informativo - STF-510) que, não obstante tenha sido mantida a conclusão de que o artigo 7º, IV, da Constituição Federal de 1988 veda a utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, deve ser mantida aquela base de quantificação seja em nome da inexistência de pronunciamento erga omnes no caso líder, seja pela vedação da atuação do excelso STF como legislador positivo, ou ainda pela impossibilidade de reformatio in pejus de decisões em favor dos autores das centenas de milhares de ações trabalhistas que ingressaram em juízo para ver aumentada, e não reduzida ou congelada, a base de cálculo do referido adicional. Assim, nos termos de r. despacho do e. Presidente do excelso Pretório - o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva- (R-6266-DF). Precedentes deste c. Tribunal. Recurso de embargos da Reclamante não conhecido mais uma vez quanto ao tema-base de cálculo do adicional de insalubridade" (E-ED-RR-464572/1998.0, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 20/02/2009).

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Somam-se a esses: AIRR-1487/2004-051-02-40.6, 7ª Turma, Rel. Min. Guilherme Caputo Bastos, DJ 17/12/2008; AIRR-68156/2002-900-09-00.2, 7ª Turma, Rel. Min. Pedro Paulo Manus, DJ 19/12/2008; RR-976/2005-019-09-00.0, 8ª Turma, DJ 13/02/2009; e RR-6/2002-017-09-00.0, 7ª Turma, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 13/02/2009.

Portanto, tem-se que o adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário mínimo.

Não conheço.

DIFERENÇAS DE DEPÓSITOS DO FGTS. GUIAS. ÔNUS DA PROVA.

O Tribunal Regional consignou os seguintes fundamentos:

> "É de entendimento assente nesta C.Turma que o ônus da prova quanto aos depósitos do FGTS é carreado ao empregador nos casos em que o Autor traz aos autos seus extratos da conta vinculada, desincumbindo-se do ônus de comprovar a alegação de falta de recolhimento ou irregularidade, **no entanto, como não trouxe os extratos da conta vinculada, de tal mister não se desincumbiu.**
>
> A legislação em vigor, Lei 8.036/90, permite ao titular da conta vinculada acesso aos depósitos efetuados, mediante regular extrato obtido junto a Caixa Econômica Federal, que inclusive a partir de setembro de 2000 pode ser conseguido através do endereço eletrônico www.caixa.gov.br na Internet.
>
> Portanto, inexiste óbice para que o trabalhador acompanhe a evolução dos depósitos fundiários que lhes são devidos, deduzindo em juízo, se cabível, requerimento de diferenças discriminado.
>
> Neste sentido, o seguinte pronunciamento jurisprudencial:
>
> (...)
>
> Ou seja, cabendo à parte autora apresentar demonstrativo de possíveis diferenças que entendia devidas e não se desincumbindo de tal encargo, não é razoável transferir à ré o ônus de juntar aos autos todas guias e comprovantes do recolhimento do FGTS, tampouco condenar esta sobre algo não provado, sequer demonstrado.

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

(..)

Quanto à multa, segue que o art. 475 da CLT expressamente define o período em que o empregado estiver aposentado por invalidez como de suspensão do seu contrato de trabalho, ao cabo do qual lhe é assegurado o direito de retorno à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, vejamos:

Art. 475. O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de Previdência Social para a efetivação do benefício.

§ 1º. Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos artigos 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do artigo 497. (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 4.824, de 05.11.1965, DOU 08.11.1965)

§ 2°. Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato.

Tanto assim o é, que é direito do trabalhador retornar ao emprego se cancelada a aposentadoria por invalidez, independentemente do prazo em que se der e ainda que seja facultado ao empregador prestar indenização substitutiva.

Inteligência da Súmula nº 160, do C.TST.

Como se vê, o acolhimento à pretensão da multa em epígrafe, que importa resolução do contrato de trabalho, é frontalmente incompatível com o instituto da suspensão do contrato de trabalho, onde cessam a maioria dos direitos e deveres relativos ao liame empregatício, entre os quais, o direito potestativo de dispensa sem justa causa.

Mantenho.

O reclamante sustenta que cabia à ré a prova quanto à correção dos depósitos. Requer a multa correlata. Transcreve arestos para demonstrar o dissenso pretoriano.

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

No tocante à multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, o recurso está encontra-se **desfundamentado**, à luz do que dispõe o art. 896 da CLT. Com efeito, o reclamante não apontou qual dispositivo de lei ou da Constituição de 1988 teria sido vulnerado, tampouco transcreveu arestos ditos divergentes para a comprovação do dissenso pretoriano.

Porém, quanto ao ônus da prova, o aresto oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, que atende aos requisitos contidos da Súmula nº 337 desta Corte, ao concluir que cabe ao empregador *comprovar os recolhimentos do FGTS, pois os recibos emitidos pelo estabelecimento bancário permanecem em seu poder*, traduz a especificidade necessária ao conhecimento do recurso de revista, à luz da Súmula nº 296 do TST.

Conheço do recurso de revista por divergência jurisprudencial.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DOENÇA OCUPACIONAL

O Tribunal Regional consignou os seguintes fundamentos:

> DOENÇA PROFISSIONAL
>
> O Juízo a quo indeferiu o pedido de indenização por danos morais e materiais, decorrência de alegada doença ocupacional desenvolvida pelo autor, aos seguintes fundamentos:
>
> > "Diz o reclamante que no decorrer do contrato de trabalho tinha que fazer esforço excessivo c repetitivo e por isso veio a desenvolvei artrose bilateral, gerando sequelas (pés tortos), resultando em dificuldades de locomoção Postula a condenação da reclamada ao pagamento de indenização pela redução de sua capacidade laborativa, no valor de seu salário básico, mais a quantia que recebia fora da folha, 13o salário e 1/3 de férias, assim como indenização por danos morais, em valor não inferior a mil salários mínimos.
> >
> > A reclamada nega o trabalho com esforço excessivo ou repetitivo, alega que o autor trabalhava como encarregado do

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

setor e mais orientava os demais mecânicos, apenas auxiliava em serviços leves, realizava serviços burocráticos, tinha liberdade para descanso, e afirma que fora da empresa o autor trabalhava na oficina mecânica de um cunhado, onde pode ter adquirido a doença, ressaltando que esta é degenerativa.

Realizada perícia para identificação de acidente do trabalho, o parecer do Perito somente veio a confirmar o que já se antevia em relação à doença que aflige o autor. Ou seja, não existe nexo causal entre a patologia e o trabalho por se tratar de doença congênita, que evoluiu com o decorrer do tempo. Na verdade existe incapacidade laborativa completa, mas nenhuma responsabilidade pode ser imputada à empregadora, vez que inexiste ação ou omissão praticada pela ré que tenha contribuído de alguma forma em prejuízo da saúde do reclamante.

Por este motivo, grande parte dos quesitos complementares do reclamante nas fls. 192/193 são irrelevantes. **Os demais não são matéria objeto da perícia, vez que a prova do trabalho em condições desfavoráveis, tendentes a agravar a doença pré-existente é do autor, nos limites dos fatos narrados na inicial, que envolvem apenas esforços excessivos e repetitivos, mas o autor não fez prova dessas condições de trabalho e não cabe ao Perito investigá-las.**

Importante ressaltar que em depoimento o autor procurou omitir que serviços mais pesados eram feitos por empresa terceirizada, a Autemi, sendo isso mais um elemento a desvalorar a versão apontada na inicial.

Consoante o disposto no §1º, letra "a", do art. 20 da Lei 8.213/91, a doença degenerativa não é considerada doença do trabalho e, nos termos do art. 186 e 927 do Código Civil Brasileiro, não existe o dever de indenizar sem a prática de ato ilícito e o nexo de causalidade com o prejuízo suportado pelo ofendido.

Por não preencher as hipóteses legais, rejeito o pedido de indenização por danos materiais e morais."

Insurge-se o autor contra o julgado, buscando sua reforma, argumentando incontroverso o fato de que as atividades laborais desenvolvidas pelo autor, exigiam a realização de esforço de forma repetitiva, o que teria sido demonstrado na audiência quando do depoimento do sócio da reclamada. Afirma que o perito reconheceu que os gravames sofridos podem estar associados à atividade laboral, implicando, ao menos, em concausa da doença, eis que a agravou.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Analiso.

Em relação à reparabilidade do dano extracontratual causado ao trabalhador, de índole material ou moral, conforme a teoria da responsabilidade subjetiva abraçada pelo nosso Código Civil, tem-se como regra geral a concorrência de três elementos inseparáveis, quais sejam, o ato ilícito (ação ou omissão, dolosa ou culposa); o dano efetivo e o nexo de causalidade. É o que dispõe o art. 186 do atual Código Civil, aplicável por força do art. 8o, parágrafo único da CLT. Outrossim, cumpre ao ofendido demonstrar de forma cabal, contundente, os citados elementos, por ser fato constitutivo do direito alegado, na dicção dos artigos 818 da CLT e 333 do CPC.

Ora, à evidência, para restar caracterizada a responsabilidade civil, impõe-se que o dano derive, direta e necessariamente, da conduta tida por ilícita ou, em última análise, que entre ambos exista um nexo direto e imediato de causalidade.

Sobre o tema ensina Sebastião Geraldo de Oliveira:

> "O substrato do dever de indenizar tem como base o comportamento desidioso do patrão que atua descuidado do cumprimento das normas de segurança, higiene ou saúde do trabalhador, propiciando, pela sua incúria, a ocorrência de acidente ou doença ocupacional"

E continua:

(...)

Acrescente-se que a reparação civil decorrente de acidente de trabalho e responsabilização do empregador, decorre do simples fato de este não tomar as medidas necessárias para excluir ou atenuar o risco causado pela atividade laborativa dos seus colaboradores (A indenização do direito comum é devida ainda que seja leve a culpa do empregador - C. STJ - 4a Turma, Rev. do STJ 26/514, 30/483, 53/117 e 53/135).

O aresto a seguir ilustram a matéria:

(...)

A teor dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC, cabia ao autor o ônus da prova de demonstrar o nexo de causalidade entre a moléstia apresentada e o trabalho executado na ré, bem assim de que esta agiu ao menos com culpa, causando-lhe danos morais e materiais, encargo processual do qual não se desincumbiu.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Senão vejamos.

Verifica-se que ao autor foi concedido auxilio-doença em 2003 (carta de concessão de fls. 24 do volume de documentos), por incapacidade laborativa, constatando-se sucessivas prorrogações do benefício às fls. 25, 26 e 27, o que culminou com a aposentadoria do autor por invalidez.

Não houve produção de prova testemunhal e os depoimentos das partes nada esclarecem a respeito.

Assim, determinou o Juízo a quo a realização de perícia médica, nomeando perito do Juízo e facultando às partes a apresentação de assistentes técnicos e quesitos (fls. 89). O Laudo pericial, com as respostas aos quesitos elaborados pelas partes, foi apresentado às fls. 172/184.

Ressalte-se que o perito, como auxiliar do juízo e especialista na sua área de conhecimento específico (art. 145 do CPC), fornece subsídios técnico-científicos para o julgador solucionar a controvérsia e, mediante o laudo, datado de 13/12/2009, concluiu, às fls. 181, que "**NÃO HÁ NEXO CAUSAL entre as patologias e o trabalho referido pela Autora na exordial, POR SE TRATAR DE DOENÇA CONGÊNITA, que evoluiu com piora degenerativa**."

Não foram apresentados quesitos.

Por certo que a autoridade jurisdicional não está vinculada às conclusões do laudo pericial providenciado pelas partes, por força da exigência contida no art. 195, caput e § 2o, da CLT. Pode formar seu convencimento por intermédio de outras provas substanciais disponíveis nos autos, inclusive contrariando conclusões periciais.

Todavia, não provou o autor que as lesões diagnosticadas são decorrentes do exercício da sua atividade profissional. De outro vértice, a prova técnica consistente em realização de perícia por médico habilitado, foi minuciosamente elaborada a partir da descrição das funções exercidas pelo autor e do seu histórico clínico.

Convém lembrar que para se aferir o direito invocado pela recorrente, e porque não existe reparação sem dano, fazia-se necessária a efetiva prova dos seguintes requisitos: a lesão propriamente dita, a existência de um ato voluntário (ação ou omissão do empregador) culposo ou doloso e o nexo de causalidade entre o trabalho desenvolvido e a enfermidade desencadeada.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

> **No caso dos autos, evidenciou-se que o autor foi acometido por uma enfermidade, porém, demonstrou-se também a ausência de nexo de causalidade da patologia com o trabalho desenvolvido, circunstância que afasta o direito ao pagamento das indenizações postuladas, conforme assente na jurisprudência pátria, a exemplo**:
>
> (...)
>
> Considerando a natureza motivada do livre convencimento da autoridade jurisdicional (art. 93 da Constituição Federal de 1988) e o princípio da persuasão racional (positivado no art. 131 do Código de Processo Civil), e ausentes nos autos quaisquer outros elementos capazes de contrariar as conclusões deduzidas pelo técnico especialista, quanto à afirmação de que não existe nexo causal entre a patologia apresentada pelo autor e a atividade laborativa desenvolvida pelo autor, nada há que autorize modificar o comando judicial.
>
> NEGO PROVIMENTO.

No tocante à concausa, o TRT aduziu no acórdão que julgou os embargos de declaração:

> Sem razão. O julgado foi contundente vez que adotou a conclusão do perito que reconheceu que a moléstia que acomete o reclamante é congênita e degenerativa. Desse modo desnecessária a menção a concausalidade com a doença profissional.

O reclamante sustenta que o laudo apontou a concausalidade. Aponta violação dos artigos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.213/91. Transcreve um aresto para demonstrar o dissenso pretoriano.

Razão não assiste ao reclamante.

O Tribunal Regional, ao negar provimento ao recurso ordinário obreiro, concluiu que não existe nexo causal entre a patologia apresentada pelo autor e a atividade laborativa desenvolvida, uma vez que sua doença é congênita, que evoluiu com piora degenerativa.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Ora, Nos termos do art. 436 do CPC, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

Ademais, não há registro no sentido de que o laudo pericial tivesse constatado a concausa, até porque na sentença está consignado:

> Os demais não são matéria objeto da perícia, vez que a prova do trabalho em condições desfavoráveis, tendentes a agravar a doença pré-existente é do autor, nos limites dos fatos narrados na inicial, que envolvem apenas esforços excessivos e repetitivos, mas o autor não fez prova dessas condições de trabalho e não cabe ao Perito investigá-las.

Nesse passo, o único aresto transcrito é inespecífico, porquanto trata de concausa demonstrada, premissa fática não encontrada pelo TRT, o que atrai a incidência da Súmula nr. 296 do TST.

Ora, o TRT manteve o entendimento da Vara do Trabalho:

> Consoante o disposto no §1º, letra "a", do art. 20 da Lei 8.213/91, a doença degenerativa não é considerada doença do trabalho e, nos termos do art. 186 e 927 do Código Civil Brasileiro, não existe o dever de indenizar sem a prática de ato ilícito e o nexo de causalidade com o prejuízo suportado pelo ofendido.

Assim, incólumes os arts. 20 e 21 da Lei n. 8.213/91.

Não conheço.

II - MÉRITO.

DIFERENÇAS DE DEPÓSITOS DO FGTS. GUIAS. ÔNUS DA PROVA.

Discute-se nos autos a distribuição do ônus da prova, na hipótese de pedido de diferenças de depósitos do FGTS.

Esta Corte, recentemente, debateu exaustivamente o tema e concluiu que, em face do princípio da aptidão para a prova, cabe

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

ao empregador o ônus de comprovar a regular quitação das contribuições devidas ao FGTS. Por esse motivo, resultou cancelada a Orientação Jurisprudencial nº 301 da SBDI-I desta Corte, consoante Resolução nº 175/2011, publicada no DEJT dos dias 27, 30 e 31/05/2011.

Destaque-se, por oportuno, que o reclamante asseverou, na petição inicial (fl. 07), que durante o contrato de trabalho a recorrida não efetuou corretamente o recolhimento do FGTS. Tal informação prestada pelo autor revelava-se suficiente para a demandada refutar a pretensão obreira.

Assim, nos termos do disposto no artigo 17 da Lei nº 8.036/90 o empregador dispõe de meios para comprovar o regular depósito do FGTS, porquanto se encontra obrigado a comunicar aos obreiros os valores recolhidos e as demais informações referentes às contas vinculadas recebidas da instituição bancária. Eis o teor do referido dispositivo legal:

> Art. 17. Os empregadores se obrigam a comunicar mensalmente aos trabalhadores os valores recolhidos ao FGTS e repassar-lhes todas as informações sobre suas contas vinculadas recebidas da Caixa Econômica Federal ou dos bancos depositários.

Nesse contexto, resta incontroverso que ao reclamado incumbe o ônus de comprovar a totalidade dos recolhimentos do FGTS, encargo do qual não se desonerou a contento.

Nesse sentido, menciono precedentes desta Corte:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. NÃO PROVIMENTO. 1. Em sessão do dia 24.05.11, o Pleno desta Corte Superior decidiu cancelar a invocada Orientação Jurisprudencial nº 301 da SBDI-1, passando esta Casa, desde então, a dirimir a controvérsia com base na regra geral de distribuição do ônus da prova, prevista nos artigos 818 da CLT e 333 do CPC. Portanto, tratando-se de fato impeditivo do

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

direito do reclamante, incumbe à reclamada a comprovação do regular recolhimento dos depósitos do FGTS. 2. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 8286-66.2010.5.01.0000, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2ª Turma, DEJT 09/12/2011).

DIFERENÇAS DE FGTS - ÔNUS DA PROVA - CANCELAMENTO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 301 DA SBDI-1 DESTA CORTE. 1. Em 24/05/11, o Tribunal Pleno do TST cancelou a Orientação Jurisprudencial 301 da SBDI-1, que previa a necessidade de o reclamante definir o período no qual não houve depósito do FGTS, ou houve em valor inferior, para transferir ao empregador, que rechaçou eventuais diferenças, o ônus da prova quanto ao correto recolhimento dos depósitos fundiários. 2. Na verdade, o cancelamento da diretriz jurisprudencial sinaliza o entendimento de ser do empregador a obrigação de comprovar a regularidade dos referidos depósitos durante o período contratual, mormente porque a Reclamada detém fácil acesso à documentação relativa aos depósitos fundiários de seus funcionários. 3. Nesse contexto, na esteira dos precedentes desta Corte, não prospera a tentativa patronal de imputar ao Trabalhador o ônus da prova no particular, emergindo como obstáculo à revisão pretendida a Súmula 333 do TST. Recurso de revista não conhecido. (RR-357-09.2010.5.15.0156, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, DEJT 02/12/2011).

DIFERENÇAS DO FGTS. ÔNUS DA PROVA. A questão alusiva à distribuição do ônus da prova na hipótese de pedido de diferenças do FGTS foi objeto de recente debate nesta Corte uniformizadora. Concluiu o Tribunal Superior do Trabalho, em sua composição plenária, que, em face do princípio da aptidão para a prova, cabe ao empregador o ônus de comprovar a regular quitação das contribuições devidas ao FGTS. Por esse motivo, resultou cancelada a Orientação Jurisprudencial n.º 301 da SBDI-I desta Corte superior, consoante Resolução n.º 175/2011, publicada no DEJT dos dias 27, 30 e 31/05/2011. Recurso de revista conhecido e provido. FGTS.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

PROCESSO Nº TST-RR-59700-84.2009.5.09.0657

> PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. A ausência de pronunciamento, por parte da Corte de origem, acerca de elemento essencial à tese veiculada no apelo, torna inviável o seu exame, à míngua do indispensável prequestionamento. Hipótese de incidência do entendimento cristalizado na Súmula n.º 297, I, desta Corte superior. Recurso de revista de que não se conhece. HORAS EXTRAS. JORNADA 12x36. (...) . Recurso de revista não conhecido. (RR-99500-16.2002.5.02.0381, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT 09/09/2011).

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso para, imputando à reclamada o ônus de comprovar os depósitos do FGTS, determinar que comprove o regular depósito do FGTS de 8% pertinentes ao período contratual, em cinco dias do trânsito em julgado, consoante os artigos 15 e 18 da Lei 8036/90, sob pena de execução direta de tais valores, sem prejuízo da expedição de ofício à CEF para a cobrança da multa prevista no artigo 22 do mesmo diploma legal.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista apenas quanto ao tema "guias do FGTS – ônus", por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para, imputando à reclamada o ônus de comprovar os depósitos do FGTS, determinar que comprove o regular depósito do FGTS de 8% pertinentes ao período contratual, em cinco dias do trânsito em julgado, consoante os artigos 15 e 18 da Lei 8036/90, sob pena de execução direta de tais valores, sem prejuízo da expedição de ofício à CEF para a cobrança da multa prevista no artigo 22 do mesmo diploma legal.

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

PROCESSO Nº TST-RR-59700-84.2009.5.09.0657

Brasília, 29 de fevereiro de 2012.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)
EMMANOEL PEREIRA
Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10003681079DDA26CE.

Firmado por assinatura digital em 29/02/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.