



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

A C Ó R D ã O
(1ª Turma)
GMLBC/ff/l

**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE
REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE.**

**ATIVIDADE INSALUBRE.
PRORROGAÇÃO/COMPENSAÇÃO DE JORNADA.
AUSÊNCIA DE LICENÇA PRÉVIA DA
AUTORIDADE COMPETENTE EM SAÚDE E
SEGURANÇA DO TRABALHADOR. NEGOCIAÇÃO
COLETIVA. INVALIDADE DO AJUSTE.**

Configurada a violação do artigo 60 da consolidação das Leis do Trabalho, dá-se provimento ao agravo interposto. Agravo de instrumento conhecido e provido.

**RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO
RECLAMANTE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.**

"Respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato" (Súmula n.º 308, I, desta Corte superior). Revelando a decisão recorrida sintonia com a jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do Trabalho, não se habilita a conhecimento o recurso de revista, nos termos do artigo 896, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista de que não se conhece.

**ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E
INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO INDEVIDA. 1.** O artigo 193, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho preconiza caber ao empregado a opção quanto ao adicional que porventura lhe seja devido. Se o adicional de periculosidade melhor retribui o trabalho em condições de risco e em exposição a agentes insalutíferos, o empregado poderá fazer a opção por aquele, ainda que auferisse,



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

no curso do contrato, o adicional de insalubridade. Nesse caso, resta ao julgador somente determinar a dedução dos valores já pagos a título de adicional de insalubridade, de modo que não se configure o pagamento cumulativo das referidas parcelas. Precedentes da Corte. **2.** Não há cogitar, de outro lado, em incompatibilidade entre o artigo 193, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho e o artigo 7º, XXII, da Constituição da República, porquanto o preceito da Lei Magna apenas assegura ao trabalhador empregado a "*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho*". **3.** Recurso de revista de que não se conhece.

ATIVIDADE INSALUBRE. PRORROGAÇÃO/COMPENSAÇÃO DE JORNADA. AUSÊNCIA DE LICENÇA PRÉVIA DA AUTORIDADE COMPETENTE EM SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INVALIDADE DO AJUSTE. 1. Este Tribunal Superior havia sedimentado, por meio da Súmula n.º 349, entendimento no sentido de que "*a validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/1988; art. 60 da CLT)*". O Tribunal Pleno da Corte, no entanto, cancelou a referida súmula, por intermédio da Resolução n.º 174/2011, publicada no DJe em 27, 30 e 31/5/2011, reabrindo a discussão sobre o tema. **2.** O artigo 7º, XIII, da Constituição da República, que autoriza a prorrogação da jornada mediante negociação coletiva, deve ser interpretado à luz de outros dispositivos que visam a proteger bem maior do trabalhador - no caso, sua vida e sua saúde. O inciso XXII do referido



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

preceito da Lei Magna tem por escopo assegurar ao trabalhador a "*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*". A liberdade negocial assegurada às partes, em matéria de saúde e segurança do trabalhador, encontra limite no texto constitucional, revelando-se inadmissível, portanto, que, mediante norma coletiva, busque-se elastecer a jornada do empregado em atividade insalubre, sem a prévia licença da autoridade competente em saúde e segurança do trabalhador, tal como previsto no artigo 60 da Consolidação das Leis do Trabalho. A proteção à saúde e à vida prevalece sobre a liberdade negocial das partes. **3.** Somente as autoridades de que trata a norma consolidada detêm os conhecimentos técnicos e científicos necessários à verificação dos efeitos nefastos para a saúde do trabalhador a que estará submetido em face de exposição mais prolongada a agentes insalubres. Assim, o instrumento coletivo mediante o qual se prorroga jornada de trabalho em atividade insalubre, se desacompanhado de licença da autoridade competente em saúde e segurança do trabalhador, carece de eficácia jurídica, porquanto desconsidera o disposto em norma de ordem pública, de natureza imperativa. **4.** Recurso de revista conhecido e provido.

REGIME DE SOBREAVISO. FINAIS DE SEMANA. DIFERENÇAS SALARIAIS. ACÚMULO DE FUNÇÕES. RECURSO DE REVISTA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. Não cuidando a parte de dar a seu inconformismo o devido enquadramento legal, mediante a alegação de afronta a dispositivos de lei ou da Constituição da República, indicação de contrariedade a súmula deste Tribunal Superior ou, ainda,



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

transcrição de arestos paradigmas, resulta manifesta a impossibilidade de conhecimento do recurso de revista por ausência de fundamentação. Recurso de revista de que não se conhece.

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

"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". Hipótese de incidência da Súmula n.º 219, item I, do Tribunal Superior do Trabalho. Constatada, no presente caso, a ausência de assistência sindical, exclui-se da condenação o pagamento da parcela. Recurso de revista conhecido e provido.

MULTA PREVISTA NO ARTIGO 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO ÀS EXECUÇÕES NO PROCESSO DO TRABALHO.

IMPOSSIBILIDADE. Encontra-se firmado nesta Corte superior entendimento no sentido de que a Consolidação das Leis do Trabalho traz regramento específico quanto à execução, resultando inaplicável a multa prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho. Em se tratando de recurso de revista interposto a decisão proferida na fase de conhecimento, afigura-se viável a veiculação do recurso de revista mediante demonstração de dissenso jurisprudencial, ou mesmo de violação do próprio dispositivo da lei processual civil, aplicado a hipótese com ele incompatível. Precedentes da



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

Corte. Recurso de revista conhecido e provido, com ressalva do entendimento pessoal do Relator. Recurso de revista de que não se conhece.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. CONTATO PERMANENTE OU INTERMITENTE COM AGENTE DE RISCO. Nos termos do disposto na primeira parte do item I da Súmula n.º 364 desta Corte superior, *"faz jus ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente, ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condição de risco"*. Revelando a decisão recorrida sintonia com a jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do Trabalho, não se habilita a conhecimento o recurso de revista, nos termos do artigo 896, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista de que não se conhece.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. BASE DE CÁLCULO. No cálculo do adicional de periculosidade, em não se tratando de eletricitário ou eletricista, como no caso sob exame, não são incluídas outras parcelas, ainda que de natureza salarial, em face do disposto na Súmula n.º 191 desta Corte uniformizadora, que reflete a exegese do artigo 193, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido.

HORAS DE SOBREAVISO. REGIME CONFIGURADO. OBRIGATORIEDADE DE O EMPREGADO MANTER O CELULAR LIGADO DURANTE O PERÍODO DE DESCANSO ENTRE JORNADAS. Não contraria a Súmula n.º 428 desta Corte superior decisão em que se reconhece o direito do autor à percepção das horas de sobreaviso em hipótese em que confessado pelo preposto da reclamada a obrigatoriedade de o empregado manter o celular ligado durante o seu período de descanso entre jornadas, e em que havia efetiva convocação habitual do obreiro para o



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

trabalho. Recurso de revista de que não se conhece.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista n.º **TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005**, em que são Recorrentes **EDUARDO FLECK e SOLUÇÕES EM AÇO USIMINAS S.A.** e Recorridos os mesmos.

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, mediante acórdão prolatado às fls. 581/607, complementado em sede de embargos de declaração às fls. 639/641, deu provimento parcial ao recurso de revista interposto pela reclamada para pronunciar a prescrição das parcelas anteriores a 5/4/2004, bem como para afastar da condenação as diferenças salariais resultantes de acúmulo de funções, e as horas extras resultantes da adoção de regime de compensação de jornada, as horas de sobreaviso nas férias e finais de semana, e para determinar a compensação dos valores pagos a título de adicional de insalubridade com os valores da condenação a título de adicional de periculosidade. Confirmou, ainda, a sentença no tocante à condenação da reclamada ao pagamento de adicional de periculosidade e reflexos, honorários periciais, horas de sobreaviso e honorários advocatícios, bem como à aplicação da multa prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil.

O reclamante interpôs recurso de revista, mediante as razões aduzidas às fls. 647/657, ao qual se denegou seguimento mediante a decisão monocrática proferida às fls. 719/725, com fundamento na Súmula no artigo 896, **c**, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Inconformado, o reclamante interpôs agravo de instrumento, por meio das razões apresentadas às fls. 739/742, ao argumento de que seu recurso de revista preenche os requisitos insertos no artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, porquanto demonstrou ofensa a dispositivos de lei e divergência jurisprudencial.

Foram apresentadas contraminuta e contrarrazões pela reclamada às fls. 759/762 e 767/775, respectivamente.

A reclamada, às fls. 663/674, interpôs recurso de revista, cuja admissibilidade foi procedida às fls. 726/728.

Dispensada a remessa dos autos à d. Procuradoria-Geral do Trabalho à míngua de interesse público a tutelar. Firmado por assinatura digital em 22/08/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

É o relatório.

V O T O

AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO RECLAMANTE

I - CONHECIMENTO

O agravo de instrumento processado nos autos principais é tempestivo (publicação da decisão em 2/5/2011, segunda-feira, conforme certidão lavrada à fl. 733, e recurso protocolizado em 4/5/2011, à fl. 737). Dispensados depósito recursal e custas. Regular a representação processual do reclamante, consoante procuração acostada à fl. 29.

Conheço.

II - MÉRITO

ATIVIDADE INSALUBRE. PRORROGAÇÃO/COMPENSAÇÃO DE JORNADA. AUSÊNCIA DE LICENÇA PRÉVIA DA AUTORIDADE COMPETENTE EM SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INVALIDADE DO AJUSTE.

O Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada para excluir da condenação as horas extras resultantes da compensação de jornada em atividade insalubre, valendo-se das razões de decidir consignadas às fls. 592/595:

5.2. Regime compensatório.

Inicialmente alega a reclamada que a decisão é *extra petita*, porquanto o reclamante sequer se insurge na petição inicial contra o regime compensatório, razão pela qual não requereu o pagamento do adicional que fora deferido. No mais, aduz que a jornada compensatória adotada possui esteio nas convenções coletivas de trabalho juntadas nos autos, sendo tal regime, portanto, válido. Destaca que o acordo para compensação de horário de trabalho está previsto no contrato firmado entre ela e o reclamante. Invoca o disposto no artigo 7º, incisos XIII e XXVI, da CF e o entendimento constante na Súmula n.º 85, itens I e II, do TST. Por cautela, requer que a condenação se limite ao pagamento apenas do adicional extraordinário incidente sobre as horas destinadas para a compensação, já que o pagamento da hora normal já foi remunerado.



PROCESSO N° TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

A julgadora de origem (fls. 515/519) asseverou que o regime compensatório adotado pela reclamada é nulo, porque os recibos de pagamento dão conta da existência de condição insalubre de trabalho sem que a reclamada tenha comprovado o atendimento ao disposto no artigo 60 da CLT. Constou ainda que a nulidade do regime decorre também da exigência de horas extras habituais (conforme demonstrativos apresentados pelo perito). Assim, deferiu ao reclamante o pagamento de diferenças de horas extras, assim consideradas aquelas trabalhadas além de 8 horas diárias e 44 horas semanais.

Inicialmente registre-se que embora na petição inicial não tenha sido postulada a nulidade do regime de compensação (fl. 04/05), uma vez invocada a compensação horária em peça contestatória (fls. 64/66), e havendo pedido de diferenças de horas extras (que abrange a análise dos cartões-ponto e o regime de compensação de horário adotado pelo empregador), o exame da matéria na sentença relativa à validade de tal regime não configurou decisão *extra petita*. Logo, não cabe falar em afronta ao disposto nos artigos 128 e 460 do CPC.

Informou o reclamante na petição inicial que sua jornada de trabalho era das 7h45min às 12h e das 13h às 17h50min, de segundas a sextas-feiras e dois sábados por ano. Registrou que algumas horas extras efetuadas eram pagas, mas não todas e não com o correto percentual.

Para se considerar regular o regime compensatório adotado pelo empregador, devem ser satisfeitos os seguintes requisitos:

- 1) previsão do regime compensatório em instrumento coletivo de trabalho, em consonância com a exigência expressa pelo artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, não sendo suficiente a pactuação individual;
- 2) não ocorrência de trabalho em jornada extraordinária, de modo que não seja excedida a jornada diária de dez horas (artigo 59, parágrafo 2º, da CLT – isto até 26-08-2001).

A partir de 27-08-2001, através da Medida Provisória n.º 2.164-41 (D.O.U. de 27-01-2001), o parágrafo 2º do precitado artigo passou a vigorar com a seguinte redação:

§ 2º. Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de 1 (um) ano, à soma das jornadas semanais de trabalho



PROCESSO N° TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de 10 (dez) horas diárias.

O artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal não afetou as restrições existentes na CLT quanto à prorrogação horária, preceituando:

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Isto significa que a norma constitucional veda a compensação horária ou acordos de redução de horário mediante pactuação individual entre empregado e empregador, exigindo sempre para isso o acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Em nenhum momento, o legislador constituinte declarou limitar as restrições impostas pela legislação comum para a compensação horária. A Constituição Federal permite a compensação horária nos termos por ela referidos, mas não veda ao legislador ordinário impor restrições ou regulamentações à compensação horária.

Se esta fosse a intenção do constituinte, deveria ter expressado no referido preceito constitucional que eram vedadas quaisquer outras restrições à compensação horária, ou que esta se daria de forma ampla, limitada apenas pela restrição constitucional ou qualquer outra construção semelhante.

No mais, a ausência de licença prévia prevista pelo artigo 60 da CLT não é obstativa à legalidade do regime compensatório, conforme entendimento constante na Súmula n.º 7 deste Tribunal, no seguinte teor:

COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS. ATIVIDADE INSALUBRE. Desde que facultada, mediante acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, é regular a adoção de regime de compensação de horários em atividade insalubre, independentemente da licença prévia de que trata o art. 60 da CLT.

No caso vertente, o trabalho em jornada compensatória está previsto nos instrumentos coletivos das fls. 238/338, vigentes nos anos de 2003/2004; 2004/2005; 2005/2006; 2006/2007; 2007/2008; 2008/2009, que prevê, respectivamente, em suas cláusulas 04.01; 27; 27; 26; 26; 33, sendo que todas elas há disposição quanto ao trabalho insalubre, no sentido de que *Os sindicatos convenientes, por entenderem que é do interesse de seus representados a implantação e/ou manutenção, mesmo na hipótese de atividade insalubre, do regime de compensação de horário e por não*



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

desejarem os empregados voltar a trabalhar aos sábados, aqueles que já não o trabalham, estabelecem, como forma de prevenir litígios, que a exigência do disposto no art. 60 da Consolidação das Leis do Trabalho será observada somente quando ultrapassada a carga horária semanal de 44 (quarenta e quatro) horas (fls. 243v; 256v; 269v; 284v; 301; 327). Os registros de horário das fls. 136/195 demonstram que a reclamante laborava em jornadas de 8 horas e 48 minutos, com compensação nos sábados. Não se verificam prorrogações excedentes a duas horas ou violações que descaracterizem o regime compensatório, no caso o excesso de 44 horas semanais previstos nas convenções coletivas. Note-se que os cartões-ponto apontam trabalho extraordinário de forma eventual, não sendo, portanto, suficiente para tornar nulo o regime de compensação adotado, afastando-se assim, o entendimento do juízo de origem de que teria ocorrido horas extras habituais.

Assim, é inaplicável a exigência de licença prévia do artigo 60 da CLT em face das normas coletivas. Ademais, não se verificam outros elementos para considerar o regime compensatório ilegal.

Dá-se provimento parcial ao recurso da reclamada para absolvê-la do pagamento de horas extras e reflexos em razão da nulidade do regime de compensação, mantendo-se, contudo, a condenação da reclamada ao pagamento de diferenças de horas extras, pela constatação de diferenças, nos termos da 1ª parte da fundamentação que consta do item 4.2, porquanto não há recurso da decisão no aspecto, bem como mantém-se a determinação para que nos meses cujos controles de horário não tenham sido trazidos aos autos, deverá ser considerado como prestado o maior volume de sobrejornada verificado em relação aos demais meses do contrato, também porque não houve insurgência da reclamada, no item.

Sustentou o reclamante, nas razões do recurso de revista aduzidas às fls. 655/656, que o artigo 166, inciso IV, do Código Civil estabelece que são nulos os negócios jurídicos que não se revestirem da forma prescrita na lei, sendo certo que no caso em exame não se observou a exigência preconizada no artigo 60 consolidado para a compensação da jornada de trabalho laborada pelo empregado em atividade insalubre. Alegou, ainda, que o regime de compensação de jornada praticado pela



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

reclamada era nulo em face da existência de prorrogação simultaneamente à compensação. Esgrimiu com ofensa aos mencionados preceitos.

Ao exame.

Discute-se a validade da norma coletiva mediante a qual se estabeleceu compensação de jornada em atividade insalubre sem licença prévia da autoridade competente em matéria de saúde e segurança do trabalhador.

Esta Corte uniformizadora havia sedimentado, por meio da Súmula n.º 349, entendimento no sentido de que *"A validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/1988; art. 60 da CLT)"*.

Cumprir observar, no entanto, que referida Orientação Jurisprudencial foi cancelada por intermédio da Resolução n.º Resolução n.º 174/2011, publicada no DJe em 27, 30 e 31/5/2011. Reabriu-se, assim, a discussão sobre o tema, que deverá ser definido pela evolução da jurisprudência.

A respeito da flexibilização das normas trabalhistas, esta Corte superior tem-se posicionado no sentido de não reconhecer validade às disposições convencionais que atentem contra a saúde e segurança do trabalhador, valorizando, desse modo, a vida e a saúde do obreiro em detrimento da livre negociação.

A proteção à higidez do trabalhador assegurada na legislação trabalhista trata-se de condições mínimas, sendo vedada sua redução mediante convenção das partes.

O artigo 7º, XIII, da Constituição da República que autoriza a prorrogação da jornada mediante negociação coletiva, deve ser interpretado à luz de outros dispositivos constitucionais que visam a proteger bem maior do trabalhador - no caso, sua vida e sua saúde.

Dessa forma, a liberdade negocial assegurada às partes, em matéria de saúde e segurança do trabalhador, encontra limite no inciso XXII do referido preceito constitucional, assim redigido:



PROCESSO N° TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

O elastecimento da jornada em atividade insalubre aumenta o risco à saúde do trabalhador, visto que o excesso de jornada gera desgastes físico e emocional do operário, deixando-o mais cansado e, por conseguinte, mais vulnerável à ocorrência de acidentes.

Nesse contexto, afigura-se inviável continuar admitindo que mediante norma coletiva as partes pactuem jornada sobressalente (em atividade insalubre) em detrimento da saúde e da segurança do trabalhador.

O artigo 60 da Consolidação das Leis do Trabalho erige regra no sentido de que as prorrogações de jornada de trabalho nas atividades insalubres só poderão se ajustadas mediante licença prévia da autoridade sanitária. Dispõe a mencionada regra que:

Art. 60 - Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo "Da Segurança e da Medicina do Trabalho", ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comercio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.

Por essa razão, mediante a Resolução n.º 174/2011, houve por bem esta Corte superior cancelar a Súmula n.º 349, uma vez que inadmissível prestigiar a negociação coletiva quando esta depuser garantias irredutíveis expressamente previstas na legislação trabalhista.

Cumpre frisar, ainda, que a Súmula n.º 349 desta Corte superior não tem natureza constitutiva de direito, pois não é lei nem meio legítimo para criação de direitos. Trata-se, tão somente, de



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

interpretação da legislação pertinente à matéria. Por essa razão, não se aplicam as regras de direito intertemporal relativamente a ela.

Assim, não afronta o princípio da segurança jurídica a evolução jurisprudencial que implique mudança de posicionamento, uma vez que tal circunstância decorre do natural dinamismo do direito e da jurisprudência. A interpretação jurisprudencial apenas declara o alcance que possui a norma interpretada desde sua vigência.

Dessa forma, o cancelamento da Súmula n.º 349 desta Corte superior tem como efeito eliminar a orientação consagrada no verbete e permitir a formação de um novo entendimento a respeito do tema sem a interferência, repita-se, das regras de direito intertemporal.

Somente as autoridades de que trata o artigo 60 consolidado detêm os conhecimentos técnicos e científicos necessários à verificação dos efeitos nefastos para a saúde do trabalhador a que estará submetido em face de exposição mais prolongada a agentes insalubres.

Mesmo sem olvidar o entendimento outrora consagrado na jurisprudência desta Corte superior, a posição doutrinária orientava-se no sentido da imprescindibilidade da licença da autoridade competente em saúde e segurança do trabalho para a formalização do ajuste de prorrogação de jornada em atividade insalubre, consoante se infere nos excertos reproduzidos:

Quando determinada atividade figurar na relação oficial, a cargo do Ministério do Trabalho, daquelas consideradas insalubres, os empregados nelas envolvidos só poderão prorrogar a jornada de trabalho depois de obtida licença da autoridade competente que, no âmbito estadual, é a Delegacia Regional do Trabalho. Constituirá infração à lei a prolongamento da jornada de trabalho sob condições insalubres sem o prévio consentimento da autoridade trabalhista. A autorização oficial para a dilatação da jornada de trabalho em tela tem de ser precedida do exame do local de trabalho, bem como dos métodos e processos de trabalho. Tal exame é encargo da DRT. Outras autoridades sanitárias federais, estaduais ou municipais poderão essa diligência. Parece-nos fora de dúvida que, em qualquer caso, o exame deve



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

ser confiado a quem tem sólidos conhecimentos de higiene e segurança do trabalho. Conforme as características do ambiente de trabalho, o exame há de ser realizado por uma equipe multiprofissional: higienista, engenheiro de segurança e médico do trabalho. É silente a lei quanto às precisas finalidades do exame do local de trabalho na hipótese tratada pelo artigo sob epígrafe. Contudo, é evidente que os responsáveis pela perícia deverão responder, no mínimo, a duas indagações: a) cumpre a empresa as determinações legais, no que tange ao trabalho insalubre? b) pode a prorrogação do trabalho afetar a saúde do trabalhador? (SAAD, Eduardo Gabriel, e José Eduardo Duarte, e CASTELLO BRANCO, Ana Maria Saad, *in* “Consolidação das Leis do Trabalho Comentada”, 41ª edição. 2008, LTr., p. 142).

A respeito deste tópico, deve-se insistir, a título de argumentação, que não haveria qualquer incompatibilidade entre o texto constitucional vigorando e a exigência celetista de vistoria administrativa prévia para pactuação de sobrejornada ou compensação de horário em situações laborais insalubres. Uma larga multiplicidade de normas constitucionais colocada a saúde e segurança do obreiro em patamar destacado e superior a interesses protegidos por outras normas jurídicas, inclusive trabalhistas (ilustrativamente, arts. 7º, XXII; 194; 196; 197; 200,II, CF/88). Pelo texto magno, a saúde e segurança laborais são direito subjetivo obreiro, constituindo, ainda, parte integrante e exponencial de uma política de saúde pública no país. Não há, ao revés, na Constituição qualquer indicativo jurídico de que tais valores e objetivos possa ser descurados em face de qualquer processo negocial coletivo. Na verdade, está-se aqui diante de uma das mais significativas limitações manifestadas pelo *princípio de adequação setorial negociada*, informador de que a margem aberta às normas coletivas negociadas não pode ultrapassar o patamar sociojurídico civilizatório mínimo características das sociedades ocidental e brasileira atuais. Nesse patamar, evidentemente, encontra-se a saúde pública e suas repercussões no âmbito empregatício. (DELGADO, Maurício Godinho, *in* “curso de Direito do Trabalho”, 5ª edição, 2006, LTr., p. 870/871).

Assim, o instrumento coletivo mediante o qual se prorroga jornada de trabalho em atividade insalubre, se desacompanhado



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

de licença da autoridade competente em saúde e segurança do trabalhador, carece de eficácia jurídica, porquanto desconsidera o disposto em norma de ordem pública, de natureza imperativa.

Resulta daí que o reconhecimento de validade de norma coletiva que previa a prorrogação da jornada em atividade insalubre, mesmo sem a prévia autorização prevista no artigo 60 da Consolidação das Leis do Trabalho, viola o referido dispositivo.

Satisfatoriamente demonstrado o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade recursal, ante a violação do artigo 60 da Consolidação das Leis do Trabalho, **dou provimento** ao agravo de instrumento.

Encontrando-se os autos suficientemente instruídos, proponho, com apoio no artigo 897, § 7º, da Consolidação das Leis do Trabalho (Lei 9.756/98), o julgamento do recurso na primeira sessão ordinária subsequente à publicação da certidão de julgamento do presente agravo de instrumento, reautuando-o como recurso de revista, observando-se daí em diante o procedimento relativo a este último.

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE

I - CONHECIMENTO

1 - PRESSUPOSTOS GENÉRICOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

O apelo é tempestivo (acórdão publicado em 25/2/2011, sexta-feira, conforme certidão lavrada à fl. 643, e recurso protocolizado em 3/3/2011, à fl. 213). Custas ao encargo da reclamada. O reclamante está regularmente representado nos autos, consoante procuração acostada à fl. 29.

2 - PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

O Tribunal Regional de provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada para pronunciar a prescrição das parcelas salariais com exigibilidade anterior a 5/4/2004. Consignou, às fls. 582/583, os seguintes fundamentos:



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

1. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

Pretende a reclamada a reforma da decisão que não declarou a prescrição quinquenal dos créditos exigíveis anteriores a 06-04-2004. Refere que a decisão afronta o disposto no artigo 7º, inciso XXIX, da CF.

A julgadora de origem pelas razões de fls. 510/512 entendeu que enquanto não garantida a plena eficácia do sistema de garantia contra a despedida arbitrária prevista no artigo 7º da CF, a vigência do contrato de emprego constitui elemento impeditivo ao fluxo do prazo prescricional, cuja contagem tem início tão-somente após o rompimento da relação. Assim, não havendo sequer decorrido de 02 anos entre o término do contrato e o ajuizamento da presente demanda (menor prazo previsto na Constituição para extinção da pretensão referente à violação de créditos trabalhistas), referiu que não existe prescrição a ser pronunciada. Acrescentou que a prescrição constitui consequência jurídica da inércia injustificada do titular do direito violado e, como tal, não admite contagem “para trás”, como por vezes se cogita em exame equivocado do instituto.

Respeitada a interpretação acolhida pela julgadora de origem, aplica-se ao caso o disposto no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, que preceitua constituir direito dos trabalhadores urbanos e rurais o seguinte:

ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

Isto significa que o prazo prescricional é de cinco anos, a contar do evento determinante da lesão aos direitos trabalhistas cujo empregado é detentor.

No entanto, ultrapassados 2 anos do rompimento contratual, a integralidade das parcelas trabalhistas decorrentes do contrato restaram prescritas. Não decorridos 2 anos, aplica-se a prescrição quinquenal.

Apesar de se concordar, em tese, com o entendimento expresso em primeiro grau, a jurisprudência maciça não ratifica tal posicionamento, devendo ser levado em conta que legalmente não existe barreira que impeça a fluência do prazo prescricional extintivo no decurso do período contratual.

Pelo TRCT de fl. 77, a rescisão contratual ocorreu em 20-02-2009, enquanto a ação foi interposta em 05-04-2009.



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

Portanto, dá-se provimento ao recurso da reclamada, no item, para se pronunciar a prescrição das parcelas com exigibilidade anterior a 05-04-2004.

Sustenta o reclamante, nas razões do recurso de revista aduzidas às fls. 648/651, a inaplicabilidade da prescrição quinquenal enquanto vigente o contrato de emprego. Alega que o preceito contido no artigo 7º, XXIX, da Constituição da República não pode ser aplicado isoladamente, mas em conformidade com a regra inserta no artigo 1º, III e IV, que consagra os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, bem como o disposto nos artigos 5º, § 2º, e 7º, I, todos da Lei Magna. Reputa violados os preceitos referidos.

Ao exame.

Não obstante os argumentos expendidos pelo recorrente, constata-se que a decisão hostilizada revela consonância com o entendimento sedimentado nesta Corte uniformizadora, nos termos da Súmula n.º 308, I, de seguinte teor:

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

I. Respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato.

Em sendo assim, não há falar em ofensa ao artigo 7º, XXIX, da Constituição da República, cuja exegese revela-se consentânea com aquela consagrada pela jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior.

Os demais preceitos da Lei Magna indicados pelo recorrente não cuidam de prescrição.

Revelando a decisão recorrida sintonia com a jurisprudência pacífica do TST, não se habilita a conhecimento o recurso de revista, nos termos do artigo 896, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho.



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

Cumprе ressaltar, por fim, que a edição de súmulas por esta Corte uniformizadora pressupõe o exame exaustivo do tema, à luz de toda a legislação pertinente, o que afasta qualquer possibilidade de reconhecimento de violação de dispositivo de lei ou da Constituição da República, bem assim o confronto da decisão com arestos supostamente divergentes, porquanto superados pela jurisprudência dominante neste Tribunal Superior.

Ante o exposto, **não conheço** do recurso de revista.

DIFERENÇAS SALARIAIS. ACÚMULO DE FUNÇÕES.

A Corte de origem deu provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada para excluir da condenação as diferenças salariais resultantes de acúmulo de funções e reflexos, valendo-se das razões de decidir consignadas às fls. 584/585:

3. DIFERENÇAS SALARIAIS.

Pretende a reclamada a reforma da decisão que a condenou ao pagamento de “adicional salarial”, na razão de 10% do salário do reclamante, por entender que restou demonstrado que restou provado que o reclamante eventualmente utilizava o veículo da empresa para buscar materiais em atividade eventual de motorista. Menciona que restou incontroverso que a reclamada não está organizada em quadro de carreira ou plano de cargos e salários homologado perante o Ministério do Trabalho, sendo descabida, portanto, sua condenação ao pagamento de diferenças por “acúmulo de funções”. Acresce que o “plus salarial” sequer encontra amparo em lei ou nas normas coletivas acostadas aos autos. Relata que todas as testemunhas ouvidas afirmaram que o reclamante eventualmente utilizava veículo de empresa para buscar materiais de almoxarifado fora da sede da empresa, fato perfeitamente aceitável já que era o chefe de almoxarifado. Destaca que não cabe falar em defesa peremptória da defesa, como referido pela julgadora de origem. Destaca que ainda que as atividades eventuais de motorista não estivessem inseridas nas atribuições do cargo do reclamante, o fato de o empregado realizar circunstancialmente outras tarefas, em caráter eventual ou por parte de sua jornada, não constitui motivo para que lhe seja reconhecido um salário para cada tarefa realizada, em total afronta ao



PROCESSO N° TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

preceito da livre pactuação dos salários. Por cautela, mantida a condenação requer que a condenação fique limitada ao período de 2 anos, em razão do reclamante ter admitido em audiência que apenas representou a reclamada em audiências na qualidade de preposto pelo período referido. Ainda, requer seja reduzido o *quantum* fixado a título de “acúmulo de funções”, porque a função supostamente acumulada foi executada eventualmente.

A julgadora referiu que tendo sido pactuada a função para a qual admitido o empregado, somente está obrigado ao desempenho das atribuições a ela inerentes. Aduziu que, no caso dos autos, a utilização costumeira da mão-de-obra do reclamante em função sujeita a maior risco constitui ampliação da exploração do empregado, já que se trata de trabalho de maior valor não remunerado como tal. Dessa forma, diante da quebra do sinalagma e comutatividade especificamente estatuídos para aquela relação cabe o restabelecimento do equilíbrio, consoante o que autoriza o artigo 317 do CC e considerando o referido pelas testemunhas no sentido de que o desvio não se ocorria de forma diária, deferiu ao reclamante o pagamento de diferenças salariais por desvio de funções (*plus* salarial), em importe equivalente a 10% do salário percebido pelo empregado, relativamente a toda a vigência do contrato de emprego.

Constou da perícia técnica que as atividades do reclamante consistiam na (fl. 376)... *coordenação geral e na administração da equipe de almoxarifes responsáveis pelo recebimento, organização e entrega de peças para manutenções mecânica e elétrica, equipamentos de proteção individuais, de materiais de expediente e de limpeza, armazenados no próprio prédio do almoxarifado e dos inflamáveis líquidos e gasosos estocados na Central de Inflamáveis.*

O reclamante em seu depoimento pessoal referiu que (fl. 507):... *não fazia tarefas fora do almoxarifado e do depósito de inflamáveis; que duas ou três vezes por semana usava a caminhonete da empresa para buscar materiais; que não fazia compras de materiais.*

Se o empregado trabalha em diversas funções, dentro da jornada de trabalho pactuada, tal fato não autoriza o pagamento de um acréscimo salarial, mesmo não tendo sido previstas algumas dessas funções na pactuação ocorrida entre as partes no momento da admissão. Poderia até o empregado negar-se a praticá-las, entendendo que tal fato caracterizaria



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

alteração unilateral prejudicial do contrato de trabalho, devendo aí ser discutido se as alterações contratuais situavam-se dentro da razoabilidade, decorrentes de variação aceitável nas condições de trabalho e do poder de comando do empregador.

Somente se ocorre situação na qual o empregado - exercendo cargo menos qualificado - realiza também funções compatíveis com cargo mais qualificado e, portanto, melhor remunerada, pode-se admitir o pagamento de diferenças salariais em decorrência do acúmulo de funções, exatamente porque as funções acumuladas exigem maior responsabilidade, diligência e qualificação técnica e, portanto, deveriam ser mais bem remuneradas.

Sinale-se que a lei não fixa salário por função, salvo em excepcionalíssimos casos, não se justificando o deferimento de duplo salário para o exercício de funções diversas.

Entende-se que a realização de atividades que consistiam em buscar materiais, duas ou três vezes por semana, não são suficientes a fim de cogitar pagamento do *plus* salarial.

Isto porque se encontra, o reclamante, presumivelmente remunerado em nível superior aos outros empregados, devido ao cargo de chefe de almoxarifado exercido, tendo as atividades por ele desenvolvidas sido prestadas de forma comum àquelas inerentes à função para a qual se achava diferenciadamente pago, numa mesma e única jornada de labor.

Dessa forma, não havendo prova robusta acerca de ter, o reclamante, realizado atividades não relacionadas com a função para qual foi contratado, impossível a condenação da reclamada ao pagamento de *plus* salarial por acúmulo de funções.

Assim, não cabe deferir pretensão para se acrescer ao salário sem previsão existente no contrato, no dissídio ou na lei, entendendo-se, desse modo, serem as atividades desenvolvidas pelo autor inerentes à função contratada e, portanto, indevido o *plus* salarial por acúmulo de funções.

Dá-se provimento ao recurso da reclamada no item, para excluir da condenação o pagamento de diferenças salariais por acréscimo de funções e respectivas integrações deferidas.

Alega o reclamante, nas razões do recurso de revista aduzidas às fls. 617/619, serem devidas as diferenças salariais por



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

acúmulo de funções. Frisa que o empregado recebia remuneração para exercer a função de almoxarifado, e não a de motorista. Ressalta que a prova testemunhal produzida corrobora suas alegações no sentido de que utilizava o veículo da empresa para transportar mercadorias. Assevera que a função de almoxarifado é incompatível com a de motorista, e que a circunstância de a empresa não possuir plano de cargos e salários não impede o deferimento do pedido. Sustenta, por fim, que, no tocante à aplicação do artigo 456 consolidado, presume-se que a atividade de motorista não se incluía entre as atribuições do cargo de almoxarifado.

Ao exame.

No tocante ao alegado direito às diferenças salariais por acúmulo de funções, o recurso de revista carece da necessária fundamentação. As razões respectivas não indicam dispositivo de lei ou da Constituição da República que se tenha por afrontado nem contrariedade a súmula desta Corte superior ou mesmo arestos para fins de caracterização de divergência jurisprudencial. O apelo não se enquadra, desse modo, em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Tem-se, por fim, que o Tribunal Regional não examinou a controvérsia à luz do disposto no artigo 456 da Consolidação das Leis do Trabalho, o que impede o exame do recurso de revista por esse fundamento, ante o óbice contido na Súmula n.º 297, I, desta Corte superior.

Nessas circunstâncias, **não conheço** do recurso de revista, no particular.

**ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE.
CUMULAÇÃO INDEVIDA.**

O Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada para autorizar a compensação dos valores pagos a título de adicional de insalubridade com os valores deferidos a título de adicional de periculosidade, por entender indevido o pagamento cumulativo dos dois adicionais. Erigiu, à fl. 591, as seguintes razões de decidir:



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

4.2. Compensação com o adicional de insalubridade.

A reclamada pugna seja autorizada a compensação dos valores apurados a título de adicional de periculosidade com os valores recebidos a título de adicional de insalubridade.

A decisão no aspecto referiu que não há óbice na cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, na medida em que a regra restritiva inserta no artigo 193, parágrafo 2º, da CLT restou revogada pela ordem constitucional inaugurada em 1998. Acrescentou ainda o conetivo “ou”, inserto no inciso XXIII do artigo 7º, da CF, não consagra a mútua exclusão dos adicionais, mas sim a desnecessidade de cumulação das circunstâncias ali elencadas para percepção do acréscimo de remuneração.

Entende a Turma que o adicional de periculosidade não pode ser deferido concomitantemente com o adicional de insalubridade, por força do artigo 193, parágrafo 2º, da CLT, que fala em opção do empregado por um desses adicionais. Portanto, deve ser determinada a dedução dos valores já recebidos a título de adicional de insalubridade da condenação em adicional de periculosidade.

A regra constitucional referida não revoga o comando legal de opção por um ou outro adicional. Apenas refere que o empregado tem direito aos adicionais que menciona não determinando sua acumulação nem vedando o comando legal de opção por um ou outro.

Dá-se provimento, no item, para autorizar a compensação dos valores pagos a título de adicional de insalubridade e reflexos com os valores deferidos.

Sustenta o reclamante, nas razões do recurso de revista apresentadas às fls. 653/655, em síntese, que a regra restritiva inserta no artigo 193, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho foi revogado pelo disposto no artigo 7º, XXII, da Constituição da República, e que havendo labor em condições insalubres e perigosas, são devidos os dois adicionais ao empregado.

O recurso de revista, todavia, não logra prosperar. Com efeito, a artigo 193, § 2º, da CLT preconiza caber ao empregado a opção quanto ao adicional que porventura lhe seja devido. Se o adicional de periculosidade melhor retribui o trabalho em condições de risco e em



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

exposição a agentes insalutíferos, o empregado poderá fazer opção por aquele, ainda que aufera adicional de insalubridade. Nesse caso, resta ao julgador somente proceder à dedução dos valores já pagos a título de adicional de insalubridade, conforme decidido pelo Tribunal Regional.

Em casos semelhantes, esta Corte superior entendeu vedada a cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, sendo devidas ao empregado que auferia adicional de insalubridade durante a contratualidade apenas diferenças salariais, tomando por base o adicional de periculosidade:

ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. PAGAMENTO CUMULATIVO. INDEVIDO. É vedada a cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, nos moldes do art. 193, § 2º, da CLT. O empregado que fizer jus a ambos terá que optar por um ou outro. No entanto, se o empregado já receber o adicional de insalubridade, sendo-lhe mais vantajosa a percepção do adicional de periculosidade, a condenação deve ser limitada ao pagamento de diferenças tomando por base o adicional de periculosidade de modo a evitar enriquecimento sem causa. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido (TST-RR-769.765/2001, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, 4ª Turma, in DJU de 28/05/2004).

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE PAGO. COMPENSAÇÃO FACE AO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE DEFERIDO. I - Constando da contestação a tese da compensação do adicional de insalubridade e não tendo a ré sido sucumbente quanto ao adicional de insalubridade e periculosidade, não havia interesse a embasar o recurso ordinário. II - Incontroverso o pagamento do adicional de insalubridade, o exame por esta Corte do mérito do recurso quanto à possibilidade de compensação do referido adicional é autorizado pelo item III, da Súmula n.º 297 do TST, e versando a causa matéria exclusivamente de direito, não há necessidade de os autos baixarem ao Tribunal de origem, com fulcro no art. 515, § 3º, do CPC, motivo pelo qual passo à análise da questão. III - Diante do que dispõem os artigos 193, § 2º, e 194, da CLT, faz-se a ilação de que os adicionais de periculosidade e insalubridade não podem ser



PROCESSO N° TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

cumulativos, razão pela qual dou provimento ao recurso para determinar que se promova a compensação dos valores pagos a título de adicional de insalubridade e reflexos. IV Recurso provido (TST-RR-70718/2002-900-04-00, Rel. Min. Barros Levenhagen, 4ª Turma, in DJU de 02/09/2005).

Escorreita, portanto, a decisão proferida pelo Tribunal Regional.

Não há cogitar, de outro lado, em incompatibilidade entre o artigo 193, § 2º, da CLT e artigo 7º, XXII, da Constituição da República, porquanto o preceito da Lei Magna apenas assegura ao trabalhador empregado a "*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho*".

Com esses fundamentos, **não conheço** do recurso de revista.

ATIVIDADE INSALUBRE. PRORROGAÇÃO/COMPENSAÇÃO DE JORNADA. AUSÊNCIA DE LICENÇA PRÉVIA DA AUTORIDADE COMPETENTE EM SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INVALIDADE DO AJUSTE.

O Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada para excluir da condenação as horas extras resultantes da compensação de jornada em atividade insalubre, valendo-se das razões de decidir consignadas às fls. 592/595:

5.2. Regime compensatório.

Inicialmente alega a reclamada que a decisão é *extra petita*, porquanto o reclamante sequer se insurge na petição inicial contra o regime compensatório, razão pela qual não requereu o pagamento do adicional que fora deferido. No mais, aduz que a jornada compensatória adotada possui esteio nas convenções coletivas de trabalho juntadas nos autos, sendo tal regime, portanto, válido. Destaca que o acordo para compensação de horário de trabalho está previsto no contrato firmado entre ela e o reclamante. Invoca o disposto no artigo 7º, incisos XIII e XXVI, da CF e o entendimento constante na Súmula n.º 85, itens I e II, do TST. Por cautela, requer que a condenação se limite ao pagamento apenas do adicional extraordinário



PROCESSO N° TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

incidente sobre as horas destinadas para a compensação, já que o pagamento da hora normal já foi remunerado.

A julgadora de origem (fls. 515/519) asseverou que o regime compensatório adotado pela reclamada é nulo, porque os recibos de pagamento dão conta da existência de condição insalubre de trabalho sem que a reclamada tenha comprovado o atendimento ao disposto no artigo 60 da CLT. Constou ainda que a nulidade do regime decorre também da exigência de horas extras habituais (conforme demonstrativos apresentados pelo perito). Assim, deferiu ao reclamante o pagamento de diferenças de horas extras, assim consideradas aquelas trabalhadas além de 8 horas diárias e 44 horas semanais.

Inicialmente registre-se que embora na petição inicial não tenha sido postulada a nulidade do regime de compensação (fl. 04/05), uma vez invocada a compensação horária em peça contestatória (fls. 64/66), e havendo pedido de diferenças de horas extras (que abrange a análise dos cartões-ponto e o regime de compensação de horário adotado pelo empregador), o exame da matéria na sentença relativa à validade de tal regime não configurou decisão *extra petita*. Logo, não cabe falar em afronta ao disposto nos artigos 128 e 460 do CPC.

Informou o reclamante na petição inicial que sua jornada de trabalho era das 7h45min às 12h e das 13h às 17h50min, de segundas a sextas-feiras e dois sábados por ano. Registrou que algumas horas extras efetuadas eram pagas, mas não todas e não com o correto percentual.

Para se considerar regular o regime compensatório adotado pelo empregador, devem ser satisfeitos os seguintes requisitos:

- 1) previsão do regime compensatório em instrumento coletivo de trabalho, em consonância com a exigência expressa pelo artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, não sendo suficiente a pactuação individual;
- 2) não ocorrência de trabalho em jornada extraordinária, de modo que não seja excedida a jornada diária de dez horas (artigo 59, parágrafo 2º, da CLT – isto até 26-08-2001).

A partir de 27-08-2001, através da Medida Provisória n.º 2.164-41 (D.O.U. de 27-01-2001), o parágrafo 2º do precitado artigo passou a vigorar com a seguinte redação:

§ 2º. Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de 1 (um) ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de 10 (dez) horas diárias.

O artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal não afetou as restrições existentes na CLT quanto à prorrogação horária, preceituando:

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Isto significa que a norma constitucional veda a compensação horária ou acordos de redução de horário mediante pactuação individual entre empregado e empregador, exigindo sempre para isso o acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Em nenhum momento, o legislador constituinte declarou limitar as restrições impostas pela legislação comum para a compensação horária. A Constituição Federal permite a compensação horária nos termos por ela referidos, mas não veda ao legislador ordinário impor restrições ou regulamentações à compensação horária.

Se esta fosse a intenção do constituinte, deveria ter expressado no referido preceito constitucional que eram vedadas quaisquer outras restrições à compensação horária, ou que esta se daria de forma ampla, limitada apenas pela restrição constitucional ou qualquer outra construção semelhante.

No mais, a ausência de licença prévia prevista pelo artigo 60 da CLT não é obstativa à legalidade do regime compensatório, conforme entendimento constante na Súmula n.º 7 deste Tribunal, no seguinte teor:

COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS. ATIVIDADE INSALUBRE. Desde que facultada, mediante acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, é regular a adoção de regime de compensação de horários em atividade insalubre, independentemente da licença prévia de que trata o art. 60 da CLT.

No caso vertente, o trabalho em jornada compensatória está previsto nos instrumentos coletivos das fls. 238/338, vigentes nos anos de 2003/2004; 2004/2005; 2005/2006; 2006/2007; 2007/2008; 2008/2009, que prevê, respectivamente, em suas cláusulas 04.01; 27; 27; 26; 26; 33, sendo que todas elas há disposição quanto ao trabalho insalubre, no sentido de que Os



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

sindicatos convenientes, por entenderem que é do interesse de seus representados a implantação e/ou manutenção, mesmo na hipótese de atividade insalubre, do regime de compensação de horário e por não desejarem os empregados voltar a trabalhar aos sábados, aqueles que já não o trabalham, estabelecem, como forma de prevenir litígios, que a exigência do disposto no art. 60 da Consolidação das Leis do Trabalho será observada somente quando ultrapassada a carga horária semanal de 44 (quarenta e quatro) horas (fls. 243v; 256v; 269v; 284v; 301; 327). Os registros de horário das fls. 136/195 demonstram que a reclamante laborava em jornadas de 8 horas e 48 minutos, com compensação nos sábados. Não se verificam prorrogações excedentes a duas horas ou violações que descaracterizem o regime compensatório, no caso o excesso de 44 horas semanais previstos nas convenções coletivas. Note-se que os cartões-ponto apontam trabalho extraordinário de forma eventual, não sendo, portanto, suficiente para tornar nulo o regime de compensação adotado, afastando-se assim, o entendimento do juízo de origem de que teria ocorrido horas extras habituais.

Assim, é inaplicável a exigência de licença prévia do artigo 60 da CLT em face das normas coletivas. Ademais, não se verificam outros elementos para considerar o regime compensatório ilegal.

Dá-se provimento parcial ao recurso da reclamada para absolvê-la do pagamento de horas extras e reflexos em razão da nulidade do regime de compensação, mantendo-se, contudo, a condenação da reclamada ao pagamento de diferenças de horas extras, pela constatação de diferenças, nos termos da 1º parte da fundamentação que consta do item 4.2, porquanto não há recurso da decisão no aspecto, bem como mantém-se a determinação para que nos meses cujos controles de horário não tenham sido trazidos aos autos, deverá ser considerado como prestado o maior volume de sobrejornada verificado em relação aos demais meses do contrato, também porque não houve insurgência da reclamada, no item.

Sustenta o reclamante, nas razões do recurso de revista aduzidas às fls. 655/656, que o artigo 166, inciso IV, do Código Civil estabelece que são nulos os negócios jurídicos que não se revestirem da forma prescrita na lei, sendo certo que no caso em exame não se observou



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

a exigência preconizada no artigo 60 consolidado para a compensação da jornada de trabalho laborada pelo empregado em atividade insalubre. Alega, ainda, que o regime de compensação de jornada praticado pela reclamada era nulo em face da existência de prorrogação simultaneamente à compensação. Esgrime com ofensa aos mencionados preceitos.

Ao exame.

Discute-se a validade da norma coletiva mediante a qual se estabeleceria compensação de jornada em atividade insalubre sem licença prévia da autoridade competente em matéria de saúde e segurança do trabalhador.

Esta Corte uniformizadora havia sedimentado, por meio da Súmula n.º 349, entendimento no sentido de que *"a validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/1988; art. 60 da CLT)"*.

Cumpre observar, no entanto, que referida Orientação Jurisprudencial foi cancelada por intermédio da Resolução n.º Resolução n.º 174/2011, publicada no DJe em 27, 30 e 31/5/2011. Reabriu-se, assim, a discussão sobre o tema, que deverá ser definido pela evolução da jurisprudência.

A respeito da flexibilização das normas trabalhistas, esta Corte superior tem-se posicionado no sentido de não reconhecer validade às disposições convencionais que atentem contra a saúde e segurança do trabalhador, valorizando, desse modo, a vida e a saúde do obreiro em detrimento da livre negociação.

A proteção à higidez do trabalhador assegurada na legislação trabalhista trata-se de condições mínimas, sendo vedada sua redução mediante convenção das partes.

O artigo 7º, XIII, da Constituição da República que autoriza a prorrogação da jornada mediante negociação coletiva, deve ser interpretado à luz de outros dispositivos constitucionais que visam a proteger bem maior do trabalhador - no caso, sua vida e sua saúde.



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

Dessa forma, a liberdade negocial assegurada às partes, em matéria de saúde e segurança do trabalhador, encontra limite no inciso XXII do referido preceito constitucional, assim redigido:

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

O elastecimento da jornada em atividade insalubre aumenta o risco à saúde do trabalhador, visto que o excesso de jornada gera desgastes físico e emocional do operário, deixando-o mais cansado e, por conseguinte, mais vulnerável à ocorrência de acidentes.

Nesse contexto, afigura-se inviável continuar admitindo que, mediante norma coletiva, as partes pactuem jornada sobressalente (em atividade insalubre) em detrimento da saúde e da segurança do trabalhador.

O artigo 60 da Consolidação das Leis do Trabalho erige regra no sentido de que as prorrogações de jornada de trabalho nas atividades insalubres só poderão se ajustadas mediante licença prévia da autoridade sanitária. Dispõe a mencionada regra que:

Art. 60 - Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo "Da Segurança e da Medicina do Trabalho", ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comercio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.

Por essa razão, mediante a Resolução n.º 174/2011, houve por bem esta Corte superior cancelar a Súmula n.º 349, uma vez que inadmissível prestigiar a negociação coletiva quando esta depuser



PROCESSO N° TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

garantias irredutíveis expressamente previstas na legislação trabalhista.

Cumpre frisar, ainda, que a Súmula n.º 349 desta Corte superior não tem natureza constitutiva de direito, pois não é lei nem meio legítimo para criação de direitos. Trata-se, tão somente, de interpretação da legislação pertinente à matéria. Por essa razão, não se aplicam as regras de direito intertemporal relativamente a ela.

Assim, não afronta o princípio da segurança jurídica a evolução jurisprudencial que implique mudança de posicionamento, uma vez que tal circunstância decorre do natural dinamismo do direito e da jurisprudência. A interpretação jurisprudencial apenas declara o alcance que possui a norma interpretada desde a sua entrada em vigor.

Dessa forma, o cancelamento da Súmula n.º 349 desta Corte superior tem como efeito eliminar a orientação consagrada no verbete e permitir a formação de um novo entendimento a respeito do tema sem a interferência, repita-se, das regras de direito intertemporal.

Somente as autoridades de que trata o artigo 60 consolidado detêm os conhecimentos técnicos e científicos necessários à verificação dos efeitos nefastos para a saúde do trabalhador a que estará submetido, em face de exposição mais prolongada a agentes insalubres.

Mesmo sem olvidar o entendimento outrora consagrado na jurisprudência desta Corte superior, há que frisar que a posição doutrinária orientava-se no sentido da imprescindibilidade da licença da autoridade competente em saúde e segurança do trabalho para a formalização do ajuste de prorrogação de jornada em atividade insalubre, consoante se infere nos excertos reproduzidos:

Quando determinada atividade figurar na relação oficial, a cargo do Ministério do Trabalho, daquelas consideradas insalubres, os empregados nelas envolvidos só poderão prorrogar a jornada de trabalho depois de obtida licença da autoridade competente que, no âmbito estadual, é a Delegacia Regional do Trabalho. Constituirá infração à lei a prolongamento da jornada de trabalho sob condições insalubres sem o prévio consentimento da



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

autoridade trabalhista. A autorização oficial para a dilatação da jornada de trabalho em tela tem de ser precedida do exame do local de trabalho, bem como dos métodos e processos de trabalho. Tal exame é encargo da DRT. Outras autoridades sanitárias federais, estaduais ou municipais poderão essa diligência. Parece-nos fora de dúvida que, em qualquer caso, o exame deve ser confiado a quem tem sólidos conhecimentos de higiene e segurança do trabalho. Conforme as características do ambiente de trabalho, o exame há de ser realizado por uma equipe multiprofissional: higienista, engenheiro de segurança e médico do trabalho. É silente a lei quanto às precisas finalidades do exame do local de trabalho na hipótese tratada pelo artigo sob epígrafe. Contudo, é evidente que os responsáveis pela perícia deverão responder, no mínimo, a duas indagações: a) cumpre a empresa as determinações legais, no que tange ao trabalho insalubre? b) pode a prorrogação do trabalho afetar a saúde do trabalhador? (SAAD, Eduardo Gabriel, e José Eduardo Duarte, e CASTELLO BRANCO, Ana Maria Saad, *in* “Consolidação das Leis do Trabalho Comentada”, 41ª edição. 2008, LTr., p. 142).

A respeito deste tópico, deve-se insistir, a título de argumentação, que não haveria qualquer incompatibilidade entre o texto constitucional vigorando e a exigência celetista de vistoria administrativa prévia para pactuação de sobrejornada ou compensação de horário em situações laborais insalubres. Uma larga multiplicidade de normas constitucionais colocada a saúde e segurança do obreiro em patamar destacado e superior a interesses protegidos por outras normas jurídicas, inclusive trabalhistas (ilustrativamente, arts. 7º, XXII; 194; 196; 197; 200,II, CF/88). Pelo texto magno, a saúde e segurança laborais são direito subjetivo obreiro, constituindo, ainda, parte integrante e exponencial de uma política de saúde pública no país. Não há, ao revés, na Constituição qualquer indicativo jurídico de que tais valores e objetivos possa ser descurados em face de qualquer processo negocial coletivo. Na verdade, está-se aqui diante de uma das mais significativas limitações manifestadas pelo *princípio de adequação setorial negociada*, informador de que a margem aberta às normas coletivas negociadas não pode ultrapassar o patamar sociojurídico civilizatório mínimo características das sociedades ocidental e brasileira atuais. Nesse patamar, evidentemente, encontra-se a saúde pública e suas repercussões no



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

âmbito empregatício. (DELGADO, Maurício Godinho, *in* “curso de Direito do Trabalho”, 5ª edição, 2006, LTr., p. 870/871).

Assim, o instrumento coletivo mediante o qual se prorroga jornada de trabalho em atividade insalubre, se desacompanhado de licença da autoridade competente em saúde e segurança do trabalhador, carece de eficácia jurídica, porquanto desconsidera o disposto em norma de ordem pública, de natureza imperativa.

Resulta daí que o reconhecimento de validade de norma coletiva que previa a prorrogação da jornada em atividade insalubre, mesmo sem a prévia autorização prevista no artigo 60 da Consolidação das Leis do Trabalho, viola o referido dispositivo de lei.

Ante o exposto, **conheço** do recurso de revista por violação do artigo 60 da Consolidação das Leis do trabalho.

REGIME DE SOBREAVISO. FINAIS DE SEMANA.

A Corte de origem, por meio do acórdão prolatado à fl. 597, deu provimento parcial ao recurso ordinário interposto pela reclamada para excluir da condenação as horas de sobreaviso nos períodos de férias e nos finais de semana e feriados, ao fundamento e que “a condenação deve se limitar aos dias em que a empresa esteve em funcionamento, não cabendo falar em horas de sobreaviso nos repousos semanais (sábados, domingos e feriados), bem como nos dias em que o reclamante estava afastado de suas atividades, por qualquer que seja o motivo, com opor exemplo, férias”.

Sustenta o reclamante, nas razões do recurso de revista aduzidas às fls. 656/657, que restou comprovado nos autos que nos finais de semana o empregado estava submetido ao regime de sobreaviso, sendo a reclamada confessa de que o reclamante permanecia com o aparelho celular ligado aguardando o chamado da empresa.

O recurso de revista carece da necessária fundamentação, no particular. As razões respectivas não indicam dispositivo de lei ou da Constituição da República que se tenha por afrontado nem contrariedade a súmula desta Corte superior ou mesmo arestos para fins de caracterização de divergência jurisprudencial. O

Firmado por assinatura digital em 22/08/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO N° TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

apelo não se enquadra, desse modo, em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não conheço do recurso de revista.

II - MÉRITO

ATIVIDADE INSALUBRE. PRORROGAÇÃO/COMPENSAÇÃO DE JORNADA. AUSÊNCIA DE LICENÇA PRÉVIA DA AUTORIDADE COMPETENTE EM SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INVALIDADE DO AJUSTE.

Conhecido o recurso de revista por violação do artigo 60 da Consolidação das Leis do Trabalho, seu **provimento** é mera consequência, impondo-se restabelecer a sentença mediante a qual se condenara a reclamada ao pagamento das horas extras integrais, com os adicionais respectivos e reflexos.

A autorização da autoridade competente para a celebração do acordo de compensação de jornada em atividade insalubre não consubstancia mera inobservância de formalidade legal, mas o descumprimento de requisito de validade do regime de compensação, consagrado em norma de ordem pública.

Tratando-se de trabalho em condições mais gravosas ao empregado, a invalidade do acordo de compensação de jornada resulta no pagamento das horas extras integrais, com os adicionais respectivos, não se aplicando ao caso em exame as disposições insertas na Súmula n.º 85 desta Corte superior.

Dou provimento para restabelecer a sentença mediante a qual se condenara a reclamada ao pagamento das horas extras integrais, com os adicionais respectivos e reflexos.

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA

I - CONHECIMENTO

1 - PRESSUPOSTOS GENÉRICOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

O apelo é tempestivo (acórdão publicado em 25/2/2011, sexta-feira, conforme certidão lavrada à fl. 643, e recurso protocolizado em 9/3/2011, à fl. 661 - feriados do carnaval nos dias 7 e 8/3/2011). Depósito recursal efetuado no valor total arbitrado à condenação (fls.



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

533, 607 e 676), e custas, recolhidas (fl. 537). A reclamada está regularmente representada nos autos, consoante procuração acostada às fls. 677/678 e substabelecimento às fls. 679 e 680.

2 - PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

O Tribunal Regional manteve a condenação da reclamada ao pagamento de honorários advocatícios, valendo-se das razões de decidir consignadas às fls. 598/600 (grifos nossos):

7. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Pugna a reclamada seja excluída a sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados sem 15% sobre o valor da condenação. Refere que o reclamante não está assistido por procuradores credenciados pelo seu sindicato de classe. Invoca os entendimentos constantes nas Súmulas n.ºs 219 e 329, ambas do TST.

A julgadora de origem deferiu ao reclamante o benefício da assistência judiciária, nos termos do artigo 5º, inciso LXXIV, da CF. Mencionou que ficam asseguradas ao reclamante as isenções previstas nos incisos I a V do artigo 3º da Lei n.º 1.060 de 1950, inclusive no tocante aos respectivos honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da condenação. Referiu que de qualquer sorte, houve a juntada de credencial sindical e declaração de insuficiência econômica, o que satisfaz inclusive os requisitos previstos no artigo 14 da Lei n.º 5.584 de 1970.

O reclamante juntou declaração de pobreza na fl. 16 e ao contrário do que consta na sentença não juntou credencial sindical.

Tendo em vista o cancelamento da Súmula n.º 20 deste Tribunal, decidida na sessão do Tribunal Pleno (de 26 de setembro de 2005), e cessando as razões de vinculação ao entendimento nela exposto, reafirma-se a posição original de cabimento dos honorários advocatícios puros no processo trabalhista, reconsiderando-se a posição anteriormente adotada, decorrente da vigência da citada Súmula e do respeito às disposições contidas no artigo 896, parágrafo 3º, da CLT.



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

Sendo a assistência judiciária instituto que resguarda o direito de acesso do hipossuficiente à Justiça, não se pode fazer uma interpretação restritiva das regras do artigo 14 e seguintes da Lei n.º 5.584/1970.

A assistência judiciária deverá ser prestada pelo sindicato profissional, porém não com exclusividade. O comando legal expresso na Lei n.º 5.584/1970 (artigo 14) deve ser interpretado como uma obrigação imposta ao sindicato (artigo 19), e não como uma regra excludente e, portanto, de exclusividade.

Por outro lado, como bem refere Ada Pellegrini Grinover, a garantia da assistência judiciária (e aí se insere o direito a ser assistido por um advogado habilitado), é a consequência lógica da igualdade jurídica, pois ela tutela o efetivo exercício desta igualdade perante os tribunais.

Portanto, o direito a ser assistido por um advogado habilitado e não sofrer os ônus financeiros da constituição do mandato judicial, caso vencedor, é um direito de cidadania que envolve o livre acesso ao Judiciário e a igualdade perante a parte economicamente mais forte (artigo 5º, inciso LXXIV, da CF).

Para o deferimento da assistência judiciária, estabelecida pela Lei n.º 1.060/1950, a norma legal prevê tão-somente a declaração expressa da condição de miserabilidade jurídica do reclamante (perceber salário inferior ou igual ao dobro do salário mínimo legal, ou ainda, comprovar ou declarar, sob as penas da lei, a sua condição de incapacidade econômica), nos termos do artigo 790, parágrafo 3º, da CLT, de forma que não lhe permita demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. Não é essencial, entretanto, esta prova de incapacidade econômica, bastando a simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para considerar configurada a sua situação econômica, conforme consta no *caput* do artigo 4º e seu parágrafo 1º.

Tal entendimento se encontra consubstanciado na Orientação Jurisprudencial n.º 304 da SBDI-1 do TST, que se adota. Portanto, sequer existe necessidade de constar no instrumento de mandato poderes especiais para o procurador realizar tal declaração.

A assistência judiciária compreende, entre outras, as seguintes isenções: taxas judiciárias, emolumentos, custas, despesas com publicações, honorários de advogado e peritos (artigo 3º e seus incisos).



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

Também prevê, no seu artigo 11, *caput*, serem os honorários advocatícios pagos pelo vencido, quando o beneficiário for vencedor na causa.

Desta forma, como, no caso, foram implementados os requisitos legais (declaração de miserabilidade jurídica juntada na fl.16) concede-se o benefício da assistência judiciária, bem como os honorários assistenciais, por força do artigo 11 da legislação acima referida.

Em relação às Súmulas n.ºs 219 e 329 e Orientação Jurisprudencial n.º 305 da SBDI-1 do TST, que traduzem o entendimento predominante no TST sobre a matéria, salienta-se que podem ser ou não adotadas, na medida em que não têm efeito vinculante. Assinala-se, por pertinente, que o entendimento manifestado pela Turma julgadora, quando entende cabível o deferimento da assistência judiciária e honorários assistenciais mesmo quando o advogado não está credenciado pelo sindicato da categoria profissional, se coaduna com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, que passou a analisar matérias que, ainda que vinculadas à relação do trabalho, não tem natureza trabalhista.

Assim, entende-se que o reclamante tem direito aos honorários assistenciais e/ou de sucumbência, tendo em vista a declaração de miserabilidade jurídica juntada na fl.16, por força do artigo 11 da Lei n.º 1.060/1950.

Com referência ao percentual incidente sobre o valor da condenação, este deverá ser calculado na razão de 15%, conforme estabelece o parágrafo 1º do artigo 11 da Lei n.º 1.060/1950, usualmente praticado nesta Justiça especializada.

Nega-se provimento ao recurso da reclamada, no item.

Alega a recorrente, em suas razões de revista às fls. 665/666 que, no processo do trabalho, somente são devidos honorários advocatícios quando a parte autora está assistida pelo sindicato de sua categoria profissional. Afirma ser incontroverso nos autos que o reclamante não está assistido pelo sindicato. Argui ofensa ao artigo 14 da Lei n.º 5.584/70. Reputa contrariadas as Súmulas de n.ºs 219 e 329 do Tribunal Superior do Trabalho. Transcreve arestos para o cotejo de teses.

Ao exame.



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

Registrou expressamente a Corte de origem que, no caso concreto, o reclamante não se encontra assistido pelo sindicato de sua categoria profissional. Resultam indevidos, em tais circunstâncias, os honorários advocatícios, nos termos da jurisprudência desta Corte superior, cristalizada na Súmula n.º 219, item I, de seguinte teor:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO.

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.

Ante o exposto, **conheço** do recurso de revista, por contrariedade à Súmula n.º 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

MULTA PREVISTA NO ARTIGO 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE.

A Corte de origem negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada, confirmando a sentença no tocante à aplicabilidade da multa prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho. Valeu-se, às fls. 600/601, dos seguintes fundamentos:

8. MULTA PREVISTA NO ARTIGO 475-J.

Pretende a reclamada seja excluída a aplicação da multa prevista no artigo 475-J do CPC. Defende que a execução trabalhista tem regras próprias, sendo que a fonte subsidiária é a Lei n.º 6.830/1980.

No entender deste Relator, as disposições do artigo 475-J do CPC são compatíveis com o processo do trabalho, entendendo-se que a alteração das normas de processo civil, nos termos da Lei n.º 11.232, de 22-12-2005, se ajusta perfeitamente aos princípios de celeridade e economia processual, aplicáveis no âmbito do Direito do Trabalho. Assim, entende-se ser possível a aplicação subsidiária de tal dispositivo no processo trabalhista, mantidos os



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

princípios processuais trabalhistas, de modo que, tornada líquida a sentença, o executado poderá ser citado para pagamento no prazo de 15 (quinze) dias com a expressa cominação de que, não o fazendo, o montante da condenação será acrescido de 10% (dez por cento).

Sendo assim, e porque se entende que as disposições do artigo 475-J do CPC são compatíveis com o processo do trabalho, considera o Relator que nada há a reformar na sentença.

Nega-se provimento no item.

Sustenta a reclamada, nas razões do recurso de revista apresentadas às fls. 667/668, que a multa prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil é incompatível com o processo laboral. Esgrime com afronta aos artigos 879 e 889 da Consolidação das Leis do Trabalho. Transcreve arestos para o cotejo de teses.

O aresto transcrito à fl. 668 autoriza o conhecimento da presente revista, porquanto perfilha tese diversa da esposada na decisão de origem, no sentido de que a multa do artigo 475-J do Código de Processo Civil não se aplica ao Processo do Trabalho.

Ante do exposto, **conheço** do recurso de revista por divergência jurisprudencial.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE.

O Tribunal Regional manteve a condenação da reclamada ao pagamento do adicional de periculosidade, por entender que o autor laborava exposto a risco por contato com inflamáveis. Manteve, ainda, a condenação da reclamada ao pagamento dos honorários periciais. Consignou, às fls. 587/590 e 591, os seguintes fundamentos (os grifos são do original):

4. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE.

Busca a reclamada a reforma da decisão que a condenou ao pagamento de adicional de periculosidade. Afirma que o laudo pericial não demonstrou a cadeia de relação causa e efeito existente entre o exercício do trabalho



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

periciado com o possível risco de acidente que pudesse ser vítima o reclamante, como exigido pela legislação vigente por meio da Portaria n.º 3.311, de 1989 do Ministério do Trabalho. Reporta-se a sua impugnação ao laudo. Diz que a única testemunha ouvida em juízo, que trabalhou no mesmo setor da reclamada, foi taxativo ao revelar que apenas ele (a testemunha) tinha a chave do depósito de inflamáveis. Dessa vez, uma vez que não houve prova do contato diário como citado agente periculoso e ainda que existisse não se dava de forma permanente, requer seja excluída a condenação em epígrafe. Invoca o entendimento constante na Orientação Jurisprudencial n.º 280 da SBDI-1, do TST.

A julgadora de origem aceitou a conclusão pericial que concluiu pela existência de periculosidade no trabalho do reclamante, face ao ingresso habitual em área de risco, para realizar levantamento de estoque e entregar produtos, na qual permaneciam armazenados latas de 3,6 litros com tintas à base de solventes, além de tambores de 20 litros com querosene, óleo diesel, solvente e thinner. Asseverou que não há óbice na cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Quanto a base de cálculo referiu que nos termos do artigo 193, parágrafo 1º, da CLT, o adicional reconhecido como devido deverá ser calculado sobre a remuneração do reclamante, excluídas apenas as parcelas expressamente excetuadas no aludido dispositivo.

O reclamante exercia as atividades de chefe de almoxarifado, sendo que atribuições, segundo consta do laudo técnico, consistia na... *coordenação geral e na administração da equipe de almoxarifes responsáveis pelo recebimento, organização e entrega de peças para manutenções mecânica e elétrica, equipamentos de proteção individuais, de materiais de expediente e de limpeza, armazenados no próprio prédio do almoxarifado e dos inflamáveis líquidos e gasosos estocados na Central de Inflamáveis.* O perito técnico acrescentou ainda que... *segundo declarações do autor, contestadas pelos representantes da reclamadas, fazia parte também das suas atribuições deslocar-se diariamente até a Central de Inflamáveis, localizada em área aberta cercada, para realizar o levantamento de estoque ou eventualmente para entregar produtos, onde permaneciam armazenados, latas com capacidade de 3,6 litros cada contendo tintas a base de solventes e tambores com capacidade de 20,0 litros cada, contendo querosene, óleo diesel, solvente e 'thinner'. Os*



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

representantes da reclamada afirmaram que adentravam na Central apenas os empregados autorizados e que o autor não possuía esta credencial. A situação de estocagem dos referidos produtos, que por possuir pontos de fulgor inferiores a 70°C, lhes é conferida a característica da inflamabilidade, na quantia apontada, caracteriza o mencionado local como área de risco e as atividades por ele desempenhadas, como perigosas, de acordo com o disposto nas alíneas 'III-b', do item 2 e 'r', do item 3, do Anexo n.º 2, da Norma Regulamentar 16... Inicialmente, cabe referir que não se acolhe a alegação do reclamante de que o perito não observou, na realização do laudo pericial de fls. 374/380, o que dispõe a Portaria n.º 3.311/1988 do MTb. O mesmo segue os parâmetros de elaboração, historiando as tarefas, os itens objeto da insalubridade e periculosidade e apresenta conclusão.

Verifica-se que a controvérsia reside no fato de o reclamante ingressar ou não na central de inflamáveis para realizar o levantamento de estoque ou eventualmente para entregar produtos, onde permaneciam armazenados, latas com capacidade de 3,6 litros com capacidade de 3,6 litros cada contendo tintas a base de solventes e tambores com capacidade de 20,0 litros cada, contendo querosene, óleo diesel, solvente e 'thinner'.

Realizada audiência de prosseguimento, o reclamante esclareceu que (fl. 507)... *era de sua responsabilidade conferir o material do depósito de produtos inflamáveis...* A reclamada, por sua vez, referiu que (fl. 507)... *não tinha contato com o reclamante durante o seu contrato; que o responsável pelo depósito de inflamáveis era Luiz Lisboa, Líder de Turno; que no almoxarifado ficava uma cópia da chave do depósito de inflamáveis no almoxarifado, que Paulo, que trabalhava no almoxarifado, recebia e fazia contagem dos produtos inflamáveis; que foi Paulo quem lhe disse isso; que Paulo também lhe disse que o reclamante não fazia tal tarefa; o reclamante era chefe do almoxarifado; que o reclamante nunca ingressou no depósito de inflamáveis.*

A testemunha Luiz Fernando Wiendenhof, convidada pelo reclamante, afirmou que (fl. 507v)... *trabalhou na empresa de 1993 a 2005, como mecânico de manutenção (...) que no depósito de inflamáveis entravam o pessoal da manutenção e Paulo; que à noite, quando precisavam, era o reclamante quem pegava os produtos no depósito de inflamáveis; que era o*



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

reclamante quem conferia o material do depósito de inflamáveis (...) A testemunha Paulo Gilberto Alves dos Santos, convidada pelo reclamante, mencionou que... trabalhou na empresa de 1993 a 2006, como mecânico de manutenção; que o reclamante trabalhou como chefe de almoxarifado; (...) que o pessoal da cadeira entrava no depósito de inflamáveis mas não liberava as tintas e o tinner, por exemplo; que era o reclamante quem era chamado para fazer isso, inclusive durante a noite (...) Por fim, a testemunha Paulo Roberto da Silva, convidada pela reclamada, referiu que (fl. 507v)... trabalha na empresa desde 1981, no almoxarifado, com recebimento de materiais; que o reclamante era chefe do almoxarifado; que não tem conhecimento de que o reclamante tenha feito contagem de produtos no depósito de inflamáveis (...) que tinha uma chave do depósito de inflamáveis e o reclamante não.

A prova testemunhal conforta a tese do reclamante no sentido que ingressava no depósito de inflamáveis para a conferência ou liberação de produtos. Não se acolhe o depoimento da testemunha Paulo Roberto da Silva porque destoado dos demais depoimentos, ressaltando-se que suas declarações divergem inclusive com as da reclamada, no que refere aos chamados do reclamante (horas de sobreaviso), prejudicando a credibilidade de depoimento.

Assim, constatado que o reclamante ingressava no depósito de inflamáveis, acolhe-se a conclusão pericial, mantendo-se a decisão que deferiu ao reclamante adicional de periculosidade. Note-se que quanto à eventualidade, a mesma deveria ter sido demonstrada pela reclamada, nos termos do artigo 818 da CLT, pelo que nada deve ser reformada no aspecto, acolhendo-se o entendimento constante na Súmula n.º 364 do TST.

Nega-se provimento ao recurso ordinário da reclamada, no item.

.....

4.3. Honorários periciais.

Persistindo a condenação da reclamada ao pagamento de adicional de periculosidade, mantém-se a sua responsabilidade pela satisfação dos honorários periciais (artigo 790-B da CLT).

Alega a reclamada, nas razões do recurso de revista aduzidas às fls. 668/671, que o laudo pericial não estabelece o tempo



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

de exposição do reclamante à condição de risco, não tendo o perito observado as disposições contidas na Portaria n.º 3.311 do Ministério do Trabalho e Emprego. Frisa que o *"laudo pericial não demonstrou a cadeia de relação causa e efeito existente entre o exercício do trabalho periciado com o possível risco de acidente que pudesse ser vítima o reclamante, como exigido pela legislação vigente através da Portaria 3.311/89 do Ministério do Trabalho"*. Argui ofensa ao artigo 195 da Consolidação das Leis do Trabalho. Afirma, ainda, contrariada a Súmula n.º 364 desta Corte superior. Pede, ao final, a reversão da responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais.

O recurso de revista não merece conhecimento.

Com efeito, asseverou o Tribunal Regional que *"a julgadora de origem aceitou a conclusão pericial que concluiu pela existência de periculosidade no trabalho do reclamante, face ao ingresso habitual em área de risco, para realizar levantamento de estoque e entregar produtos, na qual permaneciam armazenados latas de 3,6 litros com tintas à base de solventes, além de tambores de 20 litros com querosene, óleo diesel, solvente e thinner"* (grifos nossos).

Nesse contexto, ao contrário do afirmado pela reclamada, constou da perícia que o reclamante ingressava de modo habitual na área de risco - o que significa dizer que o contato com o risco se dava de forma permanente ou intermitente -, de sorte que a tese adotada pela Corte de origem revela sintonia com o disposto na Súmula n.º 364 desta Corte superior.

Nos termos do disposto na primeira parte do item I da Súmula n.º 364 desta Corte superior, *"faz jus ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente, ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condição de risco"*.

Não se cogita, ademais, em ofensa ao artigo 195 da Consolidação das Leis do Trabalho, porque em tal preceito consta a exigência de realização de perícia a fim de constatar a existência de insalubridade e periculosidade nas atividades do trabalhador - que foi observado no caso em exame.

Revelando a decisão recorrida sintonia com a jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do Trabalho, não se habilita



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

a conhecimento o recurso de revista, nos termos do artigo 896, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Resulta prejudicado, em consequência, o exame da questão alusiva à responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais.

Ante o exposto, **não conheço** do recurso de revista.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. BASE DE CÁLCULO.

O Tribunal Regional manteve a base de cálculo do adicional de periculosidade deferida na sentença, valendo-se dos seguintes fundamentos, consignados às fls. 590/591:

4.1. Base de cálculo.

Requer a reclamada seja reformada a decisão que fixou como base de cálculo do adicional de periculosidade a remuneração do reclamante. Sustenta que a base de cálculo deve recair apenas sobre o salário básico, consoante entendimento constante na Súmula n.º 191 do TST.

A julgadora de origem determinou que nos termos do artigo 193, parágrafo 1º, da CLT, o adicional ora reconhecido como devido deverá ser calculado sobre a remuneração do autor, excluídas apenas as parcelas expressamente excetuadas no aludido dispositivo.

Arnaldo Sussekind, *in* Instituições do Direito do Trabalho, Freitas Bastos, 10ª ed., Vol. I, pág. 423, referindo-se à natureza jurídica dos adicionais, considera o adicional de insalubridade, o de **periculosidade**, o noturno, o de **trabalho extraordinário** e o de transferência provisória do empregado, um sobressalário, que tem caráter retributivo e que se caracterizam como parcelas suplementares de **natureza salarial**.

O adicional de periculosidade deve, nos termos do artigo 193, parágrafo 1º, da CLT, incidir sobre o salário total do empregado, excluídas apenas as gratificações, prêmios ou participações no lucro da empresa. Preceitua o referido diploma legal:

art. 193 CLT, parágrafo 1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

Assim, todas as parcelas salariais, exceto gratificações e prêmios, devem servir como base de cálculo do adicional de periculosidade.

Também é excluída a participação nos lucros, que não tem natureza salarial (artigo 7º, inciso XI, da C.F.)

Com relação à interpretação da Súmula n.º 191 do TST, entende-se que quando o artigo 193 da CLT refere a salário não está declarando que se trata tão-somente do salário básico, assim entendido, o valor-hora contratado, mas também toda e qualquer parcela de natureza salarial, excluídos os prêmios e gratificações.

Nega-se provimento ao recurso ordinário da reclamada, no item.

Alega a reclamada, nas razões do recurso de revista apresentadas à fl. 671, que o adicional de periculosidade deve incidir sobre o salário básico do reclamante, nos termos do disposto na Súmula n.º 191 desta Corte superior, que reputa contrariada.

Assiste razão à recorrente.

O artigo 193, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que *"o trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa"*.

A Súmula n.º 191 desta Corte superior, a seu turno, consagra o seguinte entendimento:

ADICIONAL. PERICULOSIDADE. INCIDÊNCIA. O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais. Em relação aos eletricitários, o cálculo do adicional de periculosidade deverá ser efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial.

Dessa forma, no cálculo do adicional de periculosidade, em não se tratando de eletricitário ou eletricista, como no caso em exame - consoante se infere do teor do acórdão recorrido alhures transcrito -, não são incluídas outras parcelas, ainda que de natureza salarial.

Firmado por assinatura digital em 22/08/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

Ante o exposto, **conheço** do recurso de revista, por contrariedade à Súmula n.º 191 desta Corte uniformizadora.

HORAS DE SOBREAVISO.

A Corte de origem deu provimento parcial ao recurso ordinário interposto pela reclamada apenas para, *"quanto às horas em sobreaviso, limitar a condenação aos horários e dias de efetivo funcionamento da empresa, excluindo-se os períodos em que o reclamante esteve em férias, viagem ou outros afastamentos legais e/ou comprovados documentalmente"*. Consignou, às fls. 595/598, os seguintes fundamentos:

5.3. Horas de sobreaviso.

A reclamada requer a reforma da decisão que considerou que o reclamante teria ficado à disposição da reclamada durante todas as noites, desde o término de uma jornada até o início da subsequente e inclusive nos dias destinados a repouso semanal. Diz que o preposto conhecia os fatos, não se tratando de preposto profissional como referido pela julgadora de origem, devendo ser afastada também a confissão expressa, considerando que quando o reclamante era chamado fora de sua jornada extraordinária, registrava tais horas. Destaca que não basta portar um bip ou um telefone celular para que se considere de sobreaviso o trabalhador, não havendo qualquer prova nos autos de que o reclamante sofria restrições ao seu direito de livre locomoção. Invoca o entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial n.º 49 da SBDI-1 do TST. Por cautela, mantida a condenação requer a redução do tempo fixado como de sobreaviso, pois fere o princípio da razoabilidade. Assim, requer também seja fixado com horas de sobreaviso no período considerado noturno, ou seja, das 22 horas às 5 horas do dia seguinte.

Foi acolhida pela julgadora de origem o regime de sobreaviso entre o final de cada jornada e o início da subsequente, bem como durante dos dias destinados a repouso semanais (sábados, domingos e feriados), seja pela confissão incorrida pela ré pela apresentação de preposto profissional, sem efetivo conhecimento dos fatos, seja porque o preposto confirma a existência do livro de ocorrências referido na petição inicial como hábil a documentar as intercorrências noturnas por ele atendidas, sem apresentar o aludido



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

documento, isto é, por 10 anos/somente no último contrato, o reclamante teria ficado 24 horas por dia, todos os dias da semana à disposição do empregador (observe-se que o juízo de origem não declarou a prescrição quinquenal, ora reformada no item 1 desta decisão).

O sobreaviso, previsto legalmente para os ferroviários, de conformidade com o artigo 244, parágrafo 2º, da CLT, mas estendido pela jurisprudência e doutrina - por analogia - para as demais categorias profissionais, se caracteriza quando ocorre cerceamento, por determinação do empregador, do repouso ou da liberdade do obreiro em utilizar com liberdade seu tempo de folga.

Os empregados de sobreaviso normalmente ficam em suas residências à disposição do empregador, que os chama no momento oportuno. Normalmente, em tais casos se organiza uma escala.

Tais horas, apesar de serem horas à disposição do empregador, são remuneradas na base de um terço do salário normal.

Evidentemente, como aponta Segadas Viana, *in* Instituições de Direito do Trabalho, Freitas Bastos, 10ª ed., Vol. II, pág. 919, quando os empregados de sobreaviso são convocados para a prestação de serviços a eles atinentes, devem perceber integralmente o salário das horas trabalhadas.

Assim, para ficar caracterizado o sobreaviso, deve ficar comprovado nos autos que o trabalhador ficou impedido na sua liberdade de gozar as horas de folga como bem lhe aprouvesse, e que tal impedimento foi causado por determinação de seu empregador.

O reclamante em seu depoimento pessoal (fl. 507) afirmou que... *tinha de ficar com o telefone ligado para ser chamado caso precisassem de material durante a noite; que era chamada uma ou duas vezes por semana...*

A reclamada afirmou que (fl. 507)... *o reclamante permanecia com o celular ligado; que caso precisassem de materiais à noite ou de madrugada ligavam para ele; que a empresa também tem um livro de ocorrências onde isso fica registrado.*

Verifica-se que a reclamada admite em audiência que o reclamante permanecia com o celular ligado e quando era necessário ligavam para ele, fazendo menção a um livro, onde as ocorrências são registradas. Dessa maneira, deveria a reclamada ter trazido ao processo o referido documento a fim de demonstrar efetivamente em quais oportunidades o reclamante foi



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

chamado, o que justificaria o deferimento de horas extras pelo regime de sobreaviso, no período declinado na petição inicial.

No entanto, entende-se que a condenação deve se limitar aos dias em que a empresa esteve em funcionamento, não cabendo falar em horas de sobreaviso nos repousos semanais (sábados, domingos e feriados), bem como nos dias em que o reclamante estava afastado de suas atividades, por qualquer que seja o motivo, com opor exemplo, férias.

Assim, dá-se provimento parcial ao recurso da reclamada para quanto às horas em sobreaviso limitar a condenação aos horários e dias de efetivo funcionamento da empresa, excluindo-se os períodos em que o reclamante esteve em férias, viagem ou outros afastamentos legais e/ou comprovados documentalmente. A questão prescricional já foi examinada no item 1 desta decisão.

Sustenta a reclamada, nas razões de recurso de revista aduzidas às fls. 672/673, que, para que seja caracterizado o regime de sobreaviso, o empregado deve sofrer restrição em sua liberdade de locomoção, o que não ocorre quando estiver portando celular ou bip. Reputa contrariada a Orientação Jurisprudencial n.º 49 da SBDI-I desta Corte superior. Afirma que não há prova nos autos acerca da restrição da liberdade de locomoção do empregado. Argui ofensa ao artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho. Transcreve aresto para demonstrar o dissenso de teses.

Não assiste razão à recorrente.

Conforme se observa do excerto transcrito, o Tribunal Regional fixou entendimento no sentido de que caracterizado o regime de sobreaviso, uma vez que *"o reclamante em seu depoimento pessoal (fl. 507) afirmou que (...) tinha de ficar com o telefone ligado para ser chamado caso precisassem de material durante a noite e que era chamado uma ou duas vezes por semana (...); e a reclamada afirmou que (fl. 507)... o reclamante permanecia com o celular ligado; que, caso precisassem de materiais à noite ou de madrugada, ligavam para ele; que a empresa também tem um livro de ocorrências onde isso fica registrado."* Tendo registrado, ainda, a Corte de origem que *"verifica-se que a reclamada admite em audiência que o reclamante permanecia com o celular ligado e quando era*



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

necessário ligavam para ele, fazendo menção a um livro, onde as ocorrências são registradas. Dessa maneira, deveria a reclamada ter trazido ao processo o referido documento a fim de demonstrar efetivamente em quais oportunidades o reclamante foi chamado, o que justificaria o deferimento de horas extras pelo regime de sobreaviso, no período declinado na petição inicial”.

Com efeito, não contraria a Súmula n.º 428 desta Corte superior (conversão da Orientação Jurisprudencial n.º 49 da SBDI-I) decisão em que se reconhece o direito do autor à percepção das horas de sobreaviso em hipótese em que confessado pelo preposto da reclamada a obrigatoriedade de o empregado manter o celular ligado durante o seu período de descanso entre jornadas, e em que havia efetiva convocação habitual do obreiro para o trabalho.

Importante ressaltar que há confissão ficta da reclamada, ante a ausência de juntada do livro de registros, de onde resulta a conclusão de que o reclamante era acionado pelo menos duas vezes por semana para comparecer ao trabalho no período de descanso entre jornadas. Não se sustenta, portanto, a arguição em torno da ausência de prova nos autos acerca da restrição da liberdade de locomoção do empregado. Não há falar, portanto, em ofensa ao artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O aresto trazido a confronto, por seu turno, não espelha a divergência de teses consagrada na Súmula n.º 296, I, desta Corte superior, porquanto não registra a particularidade do caso concreto - que o reclamante era obrigado a permanecer com o celular ligado durante seu período de descanso para a atender à convocação para o trabalho.

Nessas circunstâncias, **não conheço** do recurso de revista.

II - MÉRITO

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Conhecido o recurso de revista por contrariedade à Súmula n.º 219 desta Corte superior, o seu provimento é mero corolário. **Dou provimento** ao recurso para excluir da condenação o pagamento dos honorários advocatícios.



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

MULTA PREVISTA NO ARTIGO 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE.

Cinge-se a controvérsia a determinar se o artigo 475-J do Código de Processo Civil é aplicável ao processo do trabalho, em face da previsão específica da Consolidação das Leis do Trabalho quanto à execução.

A Consolidação das Leis do Trabalho traz regramento específico quanto à execução no âmbito da Justiça do Trabalho. Dispõe a Consolidação, nos artigos 876 a 892, sobre a forma como se processará a execução nesta Justiça especializada, estabelecendo que o executado será citado para o cumprimento da decisão ou acordo, no modo e sob as cominações estabelecidas, ou para o pagamento, quando se tratar de condenação em dinheiro, da quantia devida no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de penhora (art. 880).

A disposição do artigo 475-J do Código de Processo Civil, por outro lado, traz regramento específico para o âmbito de sua aplicação, dispondo que o devedor deverá ser intimado para o cumprimento da sentença no prazo de quinze dias sob pena de acréscimo de dez por cento ao montante da condenação a título de multa.

Entende a douta maioria dos integrantes desta Corte superior que os dispositivos em comparação estão a disciplinar procedimentos diferentes para a execução. De acordo com o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, as disposições do Código de Processo Civil somente poderão ser aplicadas no âmbito trabalhista nos casos omissos, o que, evidentemente, não se enquadra na presente hipótese, em que há regramento específico.

Diante disso, a determinação da Corte de origem, no sentido da aplicação do regramento civil na execução trabalhista, em detrimento das normas próprias e específicas da Consolidação das Leis do Trabalho, afronta o artigo 769 da referida Consolidação.

Nesse sentido, orientaram-se os seguintes precedentes deste colendo Tribunal Superior do Trabalho: RR-173640-62.1997.5.03.0027, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, DJU de 4/9/2009; RR-92600-33.2006.5.13.0005, Rel. Min. Rosa Maria Weber, 3ª Turma, DJU de 18/12/2009; RR-151100-30.2005.5.15.0116, Rel.



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

Min. Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, DJU de 4/12/2009; RR-45740-43.2007.5.13.0003, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, DJU de 18/12/2009; RR-117900-64.2007.5.09.0072, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, DJU de 26/6/2009; e RR-52400-50.2008.5.13.0025, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, DJU de 18/12/2009.

Ante o exposto, com ressalvas do meu entendimento pessoal, **dou provimento** ao recurso de revista para declarar a inaplicabilidade do artigo 475-J do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. BASE DE CÁLCULO.

Conhecido o recurso de revista por contrariedade à Súmula n.º 191 desta Corte superior, o seu provimento é mero corolário.

Dou provimento ao recurso de revista, para determinar a incidência do adicional de periculosidade sobre o salário básico pago ao reclamante.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento interposto pelo reclamante para determinar o julgamento do recurso de revista. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista interposto pelo reclamante apenas quanto ao tema "atividade insalubre - prorrogação/compensação de jornada - ausência de licença prévia da autoridade competente em saúde e segurança do trabalhador - negociação coletiva - invalidez do ajuste", por violação do artigo 60 da Consolidação das Leis do Trabalho, e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a reclamada ao pagamento das horas extras integrais com os adicionais respectivos e reflexos. Acordam, ainda, por unanimidade, conhecer do recurso de revista interposto pela reclamada quanto aos temas "honorários advocatícios", por contrariedade à Súmula n.º 219 desta Corte uniformizadora, "multa prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil", por divergência jurisprudencial, "adicional de periculosidade



PROCESSO Nº TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005

- base de cálculo", por contrariedade à Súmula n.º 191 desta Corte superior, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento dos honorários advocatícios, para declarar a inaplicabilidade do artigo 475-J do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho, e para determinar a incidência do adicional de periculosidade sobre o salário básico pago ao reclamante. Custas complementares a encargo da reclamada, no importe de R\$100,00 (cem reais), calculadas sobre R\$5.000,00 (cinco mil reais), valor que provisoriamente se arbitra ao acréscimo à condenação.

Brasília, 15 de agosto de 2012.

Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)

LELIO BENTES CORRÊA

Ministro Relator