



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

A C Ó R D ã O
(5ª Turma)
GMMHM/fm/prg/ps

I - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA LEI N° 13.015/2014.

HORAS EXTRAS. REGISTROS DE PONTO APÓCRIFOS. VALIDADE. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE HORAS. 1. É pacífico nesta Corte o entendimento de que a ausência de assinatura nos cartões de ponto não os torna inválidos, tampouco enseja a inversão do ônus da prova quanto à jornada de trabalho. Precedentes. **2.** Não há falar em nulidade do acordo de compensação de horas, haja vista que, nos termos da Súmula n° 85, IV, desta Corte, o que descaracteriza o acordo de compensação de jornada é a prestação de horas extras habituais. Todavia, na hipótese, o Regional registrou expressamente que a prestação de horas extras se deu de forma esporádica, o que atrai a incidência do disposto na Súmula n° 126/TST. **Recurso de revista não conhecido.**

MULTA DO ARTIGO 477/CLT. PAGAMENTO DENTRO DO PRAZO LEGAL. Registrou o Regional que o reclamado, mediante relatório fornecido pelo banco, demonstrou o pagamento das verbas rescisórias dentro do prazo legal. Incidência do disposto na Súmula n° 126/TST. **Recurso de revista não conhecido.**

MULTA DO ARTIGO 467 DA CLT. A tese sustentada no acórdão recorrido é de que não se aplica a multa prevista no artigo 467 da CLT quando não há pedido de pagamento de verbas rescisórias propriamente ditas, mas apenas diferenças. As razões recursais, todavia, estão totalmente dissociadas dos fundamentos utilizados pelo Regional para manter o indeferimento da



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

parcela. Incide à hipótese o disposto na Súmula n° 422 desta Corte. **Recurso de revista não conhecido.**

ADICIONAL NOTURNO. PRORROGAÇÃO DA JORNADA NOTURNA EM PERÍODO DIURNO. A jurisprudência desta Corte Superior consagra entendimento de que, mesmo quando a jornada se inicia pouco após as 22h, com encerramento no período diurno, o tempo seguido após às 5h deve ser considerado como extensão do turno noturno. Assim sendo, com muito mais razão há de ser aplicado tal entendimento quando o labor se inicia antes mesmo das 22 horas, como na hipótese dos autos. **Recurso de revista conhecido e provido.**

DIFERENÇAS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA. Com o cancelamento da OJ n° 301 da SDI-1 desta Corte, não mais prevalece o entendimento de que o empregado deve demonstrar o período no qual não houve depósito do FGTS para se transferir à reclamada o ônus da prova. Tratando o depósito do FGTS de obrigação legal a cargo do empregador, compete a ele a prova da regularidade dos depósitos. **Recurso de revista conhecido e provido.**

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO. Segundo se depreende do acórdão recorrido, a reclamada já procedeu à integração do adicional de insalubridade para todos os efeitos legais. Sendo assim, para decidir em sentido contrário, necessário seria o reexame do conteúdo fático-probatório existente nos autos, procedimento vedado nesta fase recursal consoante a Súmula n° 126/TST. **Recurso de revista não conhecido.**

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1000F2956AF32A702F.



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-339-57.2010.5.05.0029**, em que é Recorrente **RICARDO SANTOS PEREIRA** e Recorrida **FUNDAÇÃO ANA LIMA**.

O Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, pelo acórdão de fls. 406/426, deu parcial provimento ao recurso interposto pelo reclamante para acrescer à condenação o pagamento do intervalo intrajornada, correspondente a uma hora, acrescida do adicional de 50%, a partir de dezembro/2008, com reflexos em aviso prévio, férias + 1/3, 13º salário, DSR, FGTS e multa de 40%. Outrossim, deu parcial provimento ao recurso da reclamada para afastar a determinação de retificação da data de admissão lançada na CTPS; excluir as parcelas deferidas com lastro em trabalho em período anterior; limitar as horas extras deferidas àquelas levantadas em registros acostados, a partir de dezembro de 2008, excluídas a integração no salário e diferenças consequentes; excluir o pagamento de adicional noturno para o trabalho após às 05 horas e a multa do art. 477 da CLT.

Com fundamento no artigo 896 da CLT, o reclamante interpôs recurso de revista às fls. 432/458.

Despacho de admissibilidade às fls. 462/464, com contrarrazões às fls. 468/480.

Os autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho, por força do disposto no artigo 83, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista.

Inicialmente, destaco que o presente apelo será apreciado à luz da Consolidação das Leis do Trabalho, sem as alterações promovidas pela Lei n° 13.015/2014, que se aplica apenas aos recursos interpostos em face de decisão publicada já na sua vigência, o que não é a hipótese dos autos.



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

1.1 - HORAS EXTRAS. REGISTROS DE PONTO APÓCRIFOS. VALIDADE. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE HORAS

O juízo de primeiro grau deferiu horas extras a partir de 15/12/2008, quando o autor passou a laborar em período noturno, assim consideradas aquelas excedentes da 44ª semanal, observada a jornada das 19h às 7h15min, em dias alternados.

O Regional, por sua vez, limitou as horas extras deferidas àquelas levantadas nos registros de ponto acostados, considerando-se aquelas que ultrapassem a carga semanal de 44 horas, nos seguintes termos:

“HORA EXTRA – conforme já exposto os recursos apresentam em comum discussão sobre a jornada de trabalho, investindo a reclamada contra as horas extraordinárias deferidas.

O reclamante insistindo no argumento de gerar o cartão de ponto apócrifo presunção de veracidade da jornada informada em a inicial. Defende ainda a pretensão de ser descaracterizado acordo de compensação de jornada com a prestação de horas extras habituais, chamando atenção para o limite do art.59 da CLT, possibilitando a prorrogação diária por apenas duas horas.

Em a inicial apontou o reclamante contratação como porteiro, cumprindo jornada que se estendia das 19:00 às 07:30 do dia seguinte, em dias alternados, inclusive em domingos e feriados. Assegurou inválidos os cartões de ponto adotados pela reclamada, não correspondendo o seu registro ao real horário laborado.

Além de negar os horários informados em a inicial, chamou atenção a reclamada para o fato de o reclamante laborar em plantões de doze por trinta e seis horas descanso, em turno das 19:00h às 07:00h, conforme previsão da convenção coletiva acostada aos autos.

Ao se manifestar sobre os documentos acostados com a defesa, reiterou o autor a impugnação os cartões de ponto sob os mesmos argumentos, ainda negando validade àqueles de fls. 80/94 porque apócrifos, sem qualquer prova de que lhe pertencem. Requereu que fosse aplicada pena de confissão à reclamada.

O juízo de origem, analisando as provas dos autos, reconheceu o direito a horas extras a partir de dezembro de 2008 quando passou o autor a



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

trabalhar em horário noturno, entendendo não ser confiável o sistema de ponto, mitigando o horário informado em a inicial com a confissão do autor.

Inicialmente saliente-se a respeito da impugnação aos cartões de ponto da inicial e ao falar sobre os documentos acostados com a defesa, ser manifestação que raia a má-fé, levando em conta o requerimento naquela primeira peça de apresentação pela acionada de tais documentos, sob pena de confissão – fls.05 – eis que apenas na hipótese de ser admitida a sua validade justifica-se o pedido.

Com a impugnação atraiu o reclamante o encargo de provar a invalidade dos registros e os horários informados em a inicial, sem dúvida já observando os termos da sua confissão ao ser interrogado, de que “*todos os dias*” “*chegava as 18:45 horas, e saia às 17:15 horas*” – fls.108.

Encargo não alcançado, sequer apresentadas testemunhas, resultando validos os cartões de ponto acostados, não lhe retirando o valor de prova a ausência de assinatura.

Inexiste no ordenamento vigente dispositivo exigindo que estejam firmado pelo empregado, conforme reconhecido em jurisprudência especializada, não possibilitando a acolhida da tese defendida pelo autor:

“HORAS EXTRAS. CARTÕES DE PONTO. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO EMPREGADO. ÔNUS DA PROVA. A Jurisprudência majoritária desta Corte superior considera que a ausência de assinatura do empregado nos cartões de ponto configura mera irregularidade administrativa, ante a inexistência de previsão legal para tal exigência. Nessas circunstâncias, não se transfere o ônus da prova da jornada ao empregador. Precedentes do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista conhecido e não provido.” TST, RR 1756/2004-056-02-00.1, Relator Ministro Lélío Bentes Corrêa, julgamento de 23.09.2009, publicado no DJ de 09.10.2009.

Logo, cabia ao reclamante provar a jornada de trabalho ou falsidade dos cartões de frequência. Entretanto, mesmo na hipótese de ser afastado o valor de prova de tais registros, não implicaria em inversão do ônus da prova por possuir a acionada mais de dez empregados. Apenas evidencia outra equivocada interpretação do autor, agora conferida à Súmula 338 do TST.

Sem efeito vinculante, apenas trata da exigência de serem mantidos pelo empregador, em nenhum momento expondo a necessidade de inversão do ônus da prova:

“É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, parágrafo 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário”.

Da sua leitura infere-se que as empresas com mais de dez empregados são obrigadas a manter controles de horários de trabalho, mediante registros manuais, mecânicos ou eletrônicos. Apenas na hipótese de haver determinação judicial de que sejam apresentados, e, em não sendo cumprida ou não justificada a omissão pelo empregador haverá presunção relativa de veracidade da jornada indicada na inicial.

Ou seja, trata da obrigatoriedade manutenção e apresentação dos cartões de ponto dos empregados de empresas com mais de dez funcionários, conferindo presunção de veracidade aos horários de trabalho apontados em a inicial na hipótese de o juízo determine a sua apresentação, não cumprindo a parte acionada a diligencia ou não apresentando justificativa plausível. Situação não verificada nos autos.

Não poderia, sob pena de estar invadindo indevidamente competência legislativa, determinar o juízo a inversão do ônus da prova em nítido confronto com dispositivos processuais, razão do seu caráter de mera orientação.

Neste sentido manifestação de Sergio Pinto Martins, especialmente em relação ao item III, mas em considerações pertinente também no aspecto discutido nos autos:

“...

Entendo incorreta a orientação, pois a prova da jornada de trabalho é do empregado (art.818 da CLT e inciso I do art.333 do CPC).

...Não se pode dizer que os cartões de ponto demonstram horário de entrada e saída invariáveis são inválidos como meio de prova, que são os chamados cartões “britânicos”, pois somente pode ser considerada tal regra quando o empregado faz prova testemunhal no sentido de invalidar a anotação de tais controles. Do contrário, não tendo o empregado feito prova da sua jornada de trabalho, prevalecem os cartões de ponto, que, portanto, são considerados válidos.

A lei não estabelece presunção de que os cartões “britânicos” são inválidos. Logo, é vedado estabelecer presunção nesse sentido. Não se justifica, no caso, a inversão do ônus da prova.

Entender de forma como a orientação jurisprudencial implica legislar. A orientação deve servir de proposta para o legislador mudar a lei, mas não pode substituí-la, pois o juiz não é um legislador positivo, mas apenas negativo.



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

De certa forma, a orientação do inciso III da Súmula 338 do TST é contraditória em relação ao inciso II da mesma Súmula. Este último afirma que a “presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário”. Admite, portanto, a última norma que há presunção relativa de veracidade das anotações de jornada de trabalho feitas em folhas manuscritas, cabendo ao empregado provar o contrário” - Direito Processual do Trabalho, Ed Atlas, pág. 315.

Não demonstrado pelo autor o registro irregular dos cartões de ponto, restam confirmados como prova efetiva dos horários laborados, até porque nada provou o reclamante a respeito da jornada de trabalho informada em a inicial, sequer confirmada ao ser interrogado.

Válidos os registros de fls. 80/94, evidenciam o cumprimento da jornada que se estendia das 19:00 às 07:00 horas do dia seguinte, com algumas horas extras, meramente esporádicas.

O art. 59 da CLT admite a adoção do regime de compensação de jornada, estando ainda assegurado que, por disposição normativa seja ajustado regime especial de trabalho, inclusive em atividades como a desenvolvida pelo autor, qualificado em a inicial como motorista de ambulância.

Nos autos, os instrumentos coletivos acostados estabelecem a possibilidade de compensação de jornada, assegurando o trabalho em dias alternados, em turnos de doze por trinta e seis horas descanso, para os empregados com carga semanal de quarenta e quatro horas:

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA – Os empregados com jornada de 44 (quarenta e quatro) horas semanais poderão, também, cumpri-la através de plantões de 12 x 36.” – fls. 12.

Cláusula repetida em instrumentos normativos posteriores, conferindo validade ao regime especial de trabalho, restando assim a ser examinada a existência de horas extras em favor do autor.

Comparados registros de jornada e comprovantes de pagamentos constata-se a existência de saldo em favor do autor, porquanto o acionado não remunerava as horas extras laboradas.

Cite-se, por exemplo, o controle de ponto do mês de dezembro de 2008 – fixado pelo juízo de origem como marco inicial das extraordinárias deferidas – no qual estão anotadas horas extras laboradas, sem constar o pagamento devido no correspondente recibo de salário – fls.81/82 e 70.



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

A mesma situação se observa no registro do mês de julho de 2009, consignadas horas laboradas além da carga semanal de quarenta e quatro horas ainda sem pagamento no mesmo mês ou no seguinte – fls.91/92 e 72.

Limitadas as horas extras deferidas àquelas a serem levantadas nos registros acostados, assim consideradas o quanto ultrapasse da carga semanal de quarenta e quatro horas.

Objeto do apelo interposto pelo reclamante o período anterior, quando laborou em turno diurno, os registros encontrados nos autos evidenciam um número bastante inferior de extraordinárias, também sem o necessário pagamento.

Entretanto, como reconhecido pelo juízo de origem apenas foram requeridas horas extras pelo trabalho das 19:00 às 07:00 horas, não havendo causa de pedir pelo trabalho em horário diurno.

De imediato afastada a pretensão de prevalecer os limites constantes do inciso XIII, art.7º, da Constituição da República, válido o ajuste estabelecendo o regime especial de doze por trinta e seis horas descanso.

A eventual prestação de horas extras não descaracteriza o regime de trabalho adotado pela acionada.

Saliente-se ainda para evitar alegação de omissão do julgado, não se observar no interrogatório da representante da acionada a confissão considerada pelo juízo de primeiro grau. Na oportunidade esclareceu da possibilidade de ser registrado o ponto até dez minutos antes do horário designado para o seu início e por mais quinze daquele estabelecido para o final, citando, respectivamente 18:50 e 19:15 horas, coerente com os limites estabelecidos na defesa para a jornada do autor – das 07:00 às 19:00 horas ou das 19:00 às 07:00 horas.”

O reclamante insurge-se contra a decisão *a quo*.

Alega que a reclamada não juntou aos autos os registros de ponto relativos ao período compreendido entre a admissão e meados de dezembro/2008, razão pela qual deve prevalecer o horário declinado na petição inicial, diante do que dispõe a Súmula nº 338, III, do TST.

Aduz que, para o período em que a reclamada juntou os registros de ponto, isto é, posteriormente a dezembro/2008, os controles apresentados são apócrifos e, portanto, inválidos para comprovar a jornada de trabalho, devendo prevalecer o horário de trabalho declinado na inicial.



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

Requer seja reconhecida a existência de horas extras como consignado na inicial, isto é, das 19h às 7h30min, sem intervalo, desde a admissão até a dispensa (02/10/2008 a 11/08/2009).

Noutro ponto, assevera que o acordo de compensação de horas é nulo haja vista a prestação habitual de horas extras, devendo ser consideradas como extraordinárias as horas laboradas além da 8ª diária e 44ª semanal, nos termos do artigo 7º, XIII, da CF.

Afirma que o artigo 59, § 2º, estabelece o limite máximo para compensação de duas horas enquanto a Súmula n° 376/TST determina que, mesmo as duas horas destinadas à compensação, devem obrigatoriamente ser pagas.

Passo à análise.

Quanto ao período compreendido entre a admissão e 14/12/2008, lapso de tempo em que o reclamante laborou em turno diurno, não há pedido de pagamento de horas extras. Assim, em que pese à interpretação errônea dada pelo Regional à Súmula n° 338, III, nada a deferir ao reclamante, diante da ausência de causa de pedir.

No que se refere ao período posterior a 15/12/2008, quando o reclamante passou a laborar no período noturno, não prospera o pleito de se considerar verdadeira a jornada declinada na petição inicial em face da ausência de assinatura nos registros de ponto.

Com efeito, é pacífico nesta Corte o entendimento de que a ausência de assinatura nos cartões de ponto não os torna inválidos, tampouco enseja a inversão do ônus da prova quanto à jornada de trabalho. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“(…) HORAS EXTRAS. CARTÕES DE PONTO. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO EMPREGADO. VALIDADE. Prevalece nesta Corte superior entendimento no sentido de que a ausência de assinatura do empregado nos cartões de ponto preenchidos mediante registro mecânico ou eletrônico configura mera irregularidade administrativa. Nessas circunstâncias, tal irregularidade formal não importa na transferência do ônus da prova da jornada ao empregador. Agravo de instrumento não provido. (...) (AIRR - 177840-60.2004.5.02.0071, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT 10/10/2014)



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

(...) JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS . CARTÕES DE PONTO APÓCRIFOS . VALIDADE. 2.1. A ausência de assinatura do trabalhador nos cartões de ponto traduz vício formal, que não enseja, por si só, sua invalidação, na medida em que tal exigência não encontra respaldo legal. Precedentes desta Corte. 2.2. Assim, não comprovada a irregularidade dos registros de frequência quanto aos horários de entrada e saída, imperativa será a confirmação de validade dos documentos, sem que com isso fique configurada contrariedade à Súmula 338, I, do TST. Recurso de revista não conhecido. (...) (ARR - 32100-87.2008.5.02.0085, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 31/10/2014).

(...) HORAS EXTRAORDINÁRIAS. ÔNUS DA PROVA. CARTÕES DE PONTO. AUSÊNCIA DE ASSINATURA. NÃO PROVIMENTO. Esta Corte Superior tem adotado entendimento de que a falta de assinatura no cartão de frequência, per si, não torna inválido o mencionado controle, haja vista a falta de previsão legal. Precedentes de Turmas e da SBDI-1. Logo, a mera ausência de assinatura nos cartões de ponto não enseja a inversão dos ônus da prova para o empregador quanto à jornada de trabalho e, por conseguinte, não propicia a presunção de veracidade do horário de labor indicado na inicial. Assim, o egrégio Colegiado Regional, ao declarar válidos os espelhos de ponto apresentados pela reclamada, a despeito de não conterem assinatura do reclamante, decidiu em conformidade com a jurisprudência iterativa e notória desta Corte Superior. Incidência da Súmula nº 333. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 18700-90.2008.5.02.0445, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, DEJT 03/10/2014).

(...) RECURSO DE REVISTA. CARTÕES DE PONTO SEM ASSINATURA DO EMPREGADO. VALIDADE. Não há, no art. 74, § 2º, da CLT, referência à necessidade de assinatura dos cartões de ponto pelo empregado como condição de sua validade. A falta de assinatura do empregado nos registros de frequência configura tão somente irregularidade administrativa, e não é suficiente, por si mesma, para tornar inválida a prova documental apresentada. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 24484-33.2013.5.24.0066, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DEJT 31/10/2014).



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

RECURSO DE REVISTA - HORAS EXTRAORDINÁRIAS – CARTÕES DE PONTO APÓCRIFOS- VALIDADE. A mera ausência de assinatura nos registros de frequência não ocasiona a sua invalidade, por não existir no art. 74, § 2º, da CLT imposição que os controles sejam cancelados pelo empregado. Pontue-se que as instruções do Ministério do Trabalho, editadas com espeque naquele dispositivo, não acenam com exigência de tal jaez, como se infere da leitura da Portaria n° 3.626/91 (atualizada pela Portaria n° 41/2007). Desse modo, se os registros foram apresentados pela reclamada e continham horários variáveis, não há razão para se presumir, de plano, a veracidade da jornada de trabalho declinada na inicial, competindo ao reclamante o ônus de provar a existência de labor em horário diverso do constante nos registros de frequência, por se tratar de fato constitutivo do seu direito. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. (RR - 356-43.2012.5.05.0023, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, DEJT 14/03/2014)

(...) HORAS EXTRAS. CARTÕES DE PONTO SEM ASSINATURA. O entendimento pacificado desta Corte é de que a mera falta de assinatura nos cartões de ponto não induz à sua invalidade, tampouco autoriza a inversão do ônus da prova. No caso, o Regional concluiu que a ausência de assinatura nos espelhos de ponto não é suficiente para descaracterizá-los como meio de prova e reconheceu a validade dos referidos controles de horário. Óbice do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333 do TST.(...) (AIRR - 1506-29.2011.5.01.0048, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 31/10/2014).”

Assim, diante da validade dos controles de ponto, não há falar em presunção de veracidade do horário de trabalho indicado na petição inicial.

Tampouco se há falar em nulidade do acordo de compensação de horas, haja vista que, nos termos da Súmula n° 85, IV, desta Corte, o que descaracteriza o acordo de compensação de jornada é a prestação de horas extras habituais. Todavia, na hipótese, o Regional registrou expressamente que a prestação de horas extras deu-se de forma esporádica, o que atrai a incidência do disposto na Súmula n° 126/TST.



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

Por fim, não prospera o pleito de se considerar como extras as horas excedentes da 8ª diária e 44ª semanal, nos moldes do artigo 7º, XIII, da CF, haja vista a existência de instrumento coletivo que dá validade ao regime especial de 12x36.

Por todo o exposto, não se verifica violação dos artigos 7º, XIII, da CF, 59, § 2º, da CLT, tampouco contrariedade às Súmulas nºs 338, III, e 376 do TST.

Os arestos colacionados às fls. 448/450 são provenientes do mesmo Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, órgão não elencado na alínea "a" do artigo 896 da CLT.

Não conheço.

1.2 - MULTA DO ARTIGO 477/CLT. PAGAMENTO DENTRO DO PRAZO LEGAL.

O Regional excluiu a multa prevista no § 8º do artigo 477 da CLT aos seguintes fundamentos:

“MULTA DO ART. 477, DA CLT – pretende o acionado excluí-la da condenação, sustentando que foi efetuado o depósito das verbas decorrentes da rescisão do contrato de trabalho em conta bancária do autor, observado o prazo legal.

O parágrafo sexto do artigo 477 da CLT estabelece os prazos a serem observados para a quitação das parcelas a que faz *jus* o empregado pela extinção do vínculo:

“§ 6º - O pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverá ser efetuado nos seguintes prazos:

- a) até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato; ou*
- b) até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão, quando da ausência do aviso prévio, indenização do mesmo ou dispensa de seu cumprimento” – grifo acrescido.*

Nos autos não há controvérsia quanto à data de término do contrato de trabalho – 11.08.2009 – enquanto o termo de rescisão do contrato de trabalho de fls.74 confirma o pagamento do aviso prévio indenizado.



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

Aspecto que atrai a aplicação do item “b”, assegurando ao empregador prazo de dez dias para o pagamento, “*contado da data da notificação da demissão*”.

Ou seja, ciente o reclamante em 11.08.2009, teve início o prazo na mesma data – não se trata de prazo processual e expressamente determina a lei que tenha início na data de comunicação da dispensa – findando em 20.08.2009, quinta.

O relatório de pagamentos fornecido pelo Banco do Brasil, de fls. 76, indica o pagamento da rescisão do contrato de trabalho 20.08.2009, justamente no décimo dia do prazo assegurado a ex-empregadora.

Mais uma vez confirmado o equívoco do juízo de origem, não conferindo validade ao comprovante do depósito efetuado pela acionada.

Reformada a decisão, excluindo da condenação a multa do artigo 477, §8º da CLT.”

O reclamante alega que o documento colacionado aos autos “não se mostra hábil a comprovar a quitação tempestiva dos valores referentes às verbas rescisórias”.

Requer seja deferido o pagamento da multa prevista no artigo 477, § 8º, da CLT.

Examino.

A multa prevista no artigo 477, § 8º, da CLT, é devida no caso de pagamento das verbas rescisórias constantes do termo de rescisão fora do prazo estabelecido no § 6º do mesmo dispositivo.

Na hipótese, registrou o Regional que o reclamado, mediante relatório fornecido pelo Banco do Brasil, demonstrou o pagamento das verbas rescisórias dentro do prazo legal.

Diante do que expôs o Tribunal Regional, somente mediante a análise dos documentos acostados aos autos seria possível aferir a tese sustentada pelo reclamante, procedimento vedado nesta fase recursal, diante do disposto na Súmula n° 126/TST.

Não conheço.

1.3 - MULTA DO ARTIGO 467 DA CLT

Eis os termos do acórdão:



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

“MULTA DO ARTIGO 467 DA CLT - pedido indeferido sob o fundamento de que “independentemente de qualquer atividade cognitiva quanto aos demais pedidos formulados, verifica-se que não houve pedido de verbas resilitórias e, sim, de diferenças reflexas sobre elas incidentes, em razão de outras parcelas pleiteadas – não se podendo, assim, invocar a aplicação do artigo 467, da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho.” - fls. 121.

Argumenta o reclamante em razões de recorrente da existência de parcelas incontroversas - “*horas extras reconhecidas nos cartões de ponto e não quitadas nos recibos de pagamento, adicional noturno, FGTS.*” - fls. 176.

Dispõe o mencionado artigo 467, que apenas as parcelas incontroversas decorrentes da extinção do contrato de trabalho e não pagas em primeira audiência serão acrescidas no seu valor em cinquenta por cento.

Situação não verificada nos autos. Além de nada pedido a título de parcelas decorrentes da extinção do vínculo de emprego, as horas extras indicadas como causa para o seu deferimento, efetivamente fogem de tal conceito e natureza.

Por outro lado, apenas caberia a sua incidência se devidas as parcelas e não apenas pleiteadas diferenças, fato que pressupõe a existência de pagamento anterior. Indeferida.”

O reclamante alega que é “*obrigatória a apresentação de recibo pela demandada hábil a comprovar o pagamento*”.

Acrescenta que “*o que depreende dos autos é que o documento colacionado não se mostra hábil a comprovar a quitação tempestiva dos valores referentes às verbas rescisórias*”.

Indica ofensa ao artigo 467 da CLT.

Passo à análise.

O reclamante não infirmou a tese sustentada no acórdão no sentido de que não se aplica a multa prevista no artigo 467 da CLT quando não há pedido de pagamento de verbas rescisórias propriamente ditas, mas apenas diferenças.



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

Nesse sentido, o recurso de revista encontra-se desfundamentado, porquanto as razões expostas pelo reclamante estão totalmente dissociadas dos fundamentos utilizados pelo Regional para manter o indeferimento da parcela.

Incide à hipótese o disposto na Súmula n° 422 desta Corte, que assim dispõe:

"RECURSO. APELO QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. NÃO CONHECIMENTO. ART. 514, II, do CPC (conversão da Orientação Jurisprudencial n° 90 da SBDI-2) - Res. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.08.2005

Não se conhece de recurso para o TST, pela ausência do requisito de admissibilidade inscrito no art. 514, II, do CPC, quando as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que fora proposta. (ex-OJ n° 90 da SBDI-2 - inserida em 27.05.2002)."

Não conheço.

1.4 - ADICIONAL NOTURNO. PRORROGAÇÃO DA JORNADA NOTURNA EM PERÍODO DIURNO

O Regional deu provimento ao recurso da reclamada para excluir da condenação o pagamento do adicional noturno sobre as horas trabalhadas após às 5 horas. Eis os termos do acórdão:

"ADICIONAL NOTURNO – ainda matéria objeto do apelo da reclamada, visando seja excluído o pagamento de adicional noturno para o trabalho posterior às 05:00 horas, argumentando que o artigo 73 da CLT considera como atividade noturna o trabalho executado entre as 22:00 de um dia e as 05:00 horas do seguinte.

Salienta ainda que no período em que o reclamante laborou em horário noturno, percebeu o adicional, conforme a ficha financeira acostada aos autos.



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

O adicional noturno foi pago pela reclamada, sempre que o autor trabalhou em horário noturno. Como atestam os registros de frequência e contracheques acostados quando confrontados.

A cláusula oitava da Convenção Coletiva acostada prevê que somente incide adicional noturno sobre as horas laboradas entre as 22:00 e 05:00 horas do dia seguinte.

Ademais, a orientação da Súmula 60, no item II, diz respeito apenas ao trabalho em jornada exclusivamente noturna, sem efeito vinculante. Embora os pronunciamentos do TST mereçam respeito irrestrito, não obrigam o magistrado a seguir o mesmo posicionamento, e, demandam interpretação restrita:

“...

II – Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT. (ex-OJ SDI 16 – Res. TST 129/05, DJ 20.04.05)”.

Dispõe o art. 73 da CLT no seu parágrafo segundo:

“Considera-se noturno, para efeitos deste artigo, o trabalho executado entre as 22 horas de um dia e às 5 horas do dia seguinte”

Tratando de jornadas mistas nos seus parágrafos quarto e quinto, também não assegura o pagamento do adicional para o trabalho desenvolvido em horário diurno:

“§ 4º - “Nos horários mistos, assim entendidos os que abrangem períodos diurnos e noturnos, aplica-se às horas de trabalho noturno o disposto neste artigo e seus parágrafos”.

§ 5º - “Às prorrogações do trabalho noturno aplica-se o disposto neste capítulo”.

Ou seja, ao dispor sobre a vantagem – adicional noturno - todos os dispositivos impõem o pagamento ao trabalho noturno, observada ficção legal – das 22:00 às 05:00 horas para o trabalhador urbano.

Entretanto, ainda perduram divergências quando se trata de prorrogação da jornada mista, assim entendida aquela que compreende trabalho em horários diurno e noturno, caso dos substituídos representados pelo sindicato autor:



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

“1.1 ADICIONAL NOTURNO PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO HORAS EXTRAORDINÁRIAS NOTURNAS No tema, a Corte Regional modificou a sentença, dando parcial provimento ao recurso ordinário da reclamada, exarando os seguintes fundamentos (fls. 211-212): Das horas extras em prorrogação à jornada noturna Sustenta a reclamada que equivocada é a decisão de origem, ao considerar como horas extras noturnas aquelas trabalhadas após 5 horas (da manhã) , quando em prorrogação ao trabalho noturno, mesmo porque a norma coletiva estipula o pagamento do adicional apenas para o trabalho compreendido entre as 22 horas e 5 horas. Razão lhe assiste. É certo que parte da jurisprudência abona a adotada pelo Juízo. Tal entendimento, entretanto, é equivocado e não tem amparo na lei. O dispositivo legal invocado não tem o alcance e a amplitude que lhe pretende imprimir. Ensina FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA (in CLT Comentada) que Disso resulta que as horas que ultrapassarem o período noturno, v. g., após as 5 horas da manhã seguinte, são pagas como diurnas. ... (omissis)... Outra seria a interpretação se o legislador no § 5º se referisse expressamente à seção IV . VALENTIN CARRION (Comentários à CLT, 22ª ed. 1.997) leciona no mesmo sentido, ao sustentar que Após o período noturno, havendo prorrogação, o regime desta é a das horas diurnas; o art. 73, § 5º, diz que às prorrogações se aplica este capítulo , que é genérico, e não esta seção , específica apenas para o noturno. Como se vê, a tese do autor não encontra eco na melhor doutrina. Ademais, viola o senso comum a interpretação da lei que conduziu ao absurdo de se considerar como noturno o trabalho prestado ao meio-dia, por exemplo. De todo modo, ao trabalho prestado em horários mistos, noturno e diurno, não se aplica o já referido § 5º, mas o § 4º, do mesmo art. 73, (...) Impõe-se, ainda, o registro de que a Orientação Jurisprudencial nº 97 da SBDI-1 do C. TST faz referência às horas extras prestadas no período noturno. Por tais razões, modifico a sentença recorrida, quanto a esse aspecto. O reclamante, insurgindo-se contra essa decisão, considera ter o Colegiado Regional procedido a equivocada interpretação do art. 73, § 5º, da CLT e contrariado os termos da Orientação Jurisprudencial nº 6 da SBDI-1. A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, discutindo questão análoga, firmou o entendimento de que, cumprida integralmente a jornada noturna e prorrogada a prestação de serviços além do período de



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

trabalho noturno, deve incidir o disposto na Súmula n° 60, II, desta Corte. Eis a decisão: JORNADA MISTA - REGIME DE COMPENSAÇÃO – ADICIONAL NOTURNO DEVIDO. Sendo incontroverso que a embargante laborou no período noturno (das 22 às 5 horas), visto que sua jornada de trabalho se iniciava antes das 22 horas e terminava às 7 horas, o fato de trabalhar em regime de compensação de 12X36 horas não pode ser erigido como óbice ao não-conhecimento dos embargos. A Súmula n° 60, II, desta Corte, não deixa a mínima dúvida de que o direito ao adicional noturno deve incidir sobre as horas prorrogadas, uma vez demonstrado que o empregado trabalhou em todo o período noturno e, igualmente, que houve a prorrogação de sua jornada além das 5 horas da manhã. Cumprida, pois, integralmente a jornada noturna e prorrogada a prestação de serviços além desse período de trabalho, a hipótese atrai a aplicação da súmula supra referida. Recurso de embargos conhecido e provido. (Processo: E-ED-RR - 70403/2002-900-04-00.8, data de julgamento: 30/06/2008, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: DJ 22/08/2008.) Nesse passo, a decisão recorrida, nos moldes como proferida, contraria a regra que emana da Súmula n° 60, II, do TST (ex Orientação Jurisprudencial n° 6 da SBDI-1), que reputa devido o adicional noturno quando há prorrogação do trabalho no horário diurno” – TST, RR 1374/2002.069.05.00., Relator Ministro Luiz Filipe Vieira de Mello Filho, julgamento publicado no DEJT de 16.10.2009.

Apenas na hipótese de ser a jornada cumprida integralmente em horário noturno, cabe a prorrogação posterior às 05:00 horas ser considerada como hora noturna, a teor do disposto no §5º, art. 73, da CLT.

Em sendo mista a jornada, como na hipótese dos autos – iniciada antes das 22:00 e finda depois das 05:00 horas – o trabalho noturno está limitado aos termos da previsão legal – §1º, do mencionado art. 73 – aplicando-se a norma do seu parágrafo quarto.

Ademais, a declaração de nulidade de cláusula convencional, só poderia prevalecer se evidenciado fundado receio de, por distorções no equilíbrio de forças entre os entes representativos de empregados e patrões, tenham prevalecido os interesses destes, em detrimento daqueles.



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

Indeferida, pois, a pretensão de pagamento de adicional noturno sobre as horas trabalhadas após às 05:00 horas, formulada pelo autor, com a reforma da decisão de primeiro grau.”

Nas razões recursais, sustenta o reclamante fazer jus ao adicional noturno relativamente às horas trabalhadas após às cinco horas, em prorrogação à jornada noturna.

Indica contrariedade à Súmula n° 60, II, do TST.
Passo à análise.

Verifica-se do acórdão recorrido que a jornada praticada pelo reclamante iniciava-se antes mesmo das 22 horas e se estendia após as 05 horas.

A jurisprudência desta Corte Superior consagra entendimento de que, mesmo quando a jornada inicia-se pouco após as 22h, com encerramento no período diurno, o tempo seguido após às 5h deve ser considerado como extensão do turno noturno.

Confiram-se os seguintes precedentes:

"RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. ADICIONAL NOTURNO. JORNADA MISTA QUE NÃO COMPREENDE A TOTALIDADE DO PERÍODO NOTURNO. A matéria discutida diz respeito à incidência do adicional noturno relativo às horas trabalhadas após as cinco horas da manhã, porquanto cumpria o reclamante jornada mista, no período compreendido entre 23h10 às 7h10. A leitura da Súmula 60, II, do TST não pode conduzir a uma interpretação que estimule o empregador a adotar jornada que se inicia pouco após às 22h com o propósito de desvirtuar-lhe o preceito. Para garantir a higidez física e mental do trabalhador submetido à jornada de trabalho mista, em face da penosidade do labor noturno prolongado no horário diurno, entende-se que, nos casos de jornada mista (parte no período diurno e parte no período noturno), devido é o adicional noturno quanto às horas trabalhadas que seguem no período diurno, aplicando-se, portanto, a Súmula 60, II, do TST às hipóteses de jornada mista, ainda que iniciada pouco após às 22h, se cumprida quase inteiramente no horário noturno. Recurso de embargos conhecido e



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

desprovido (E-RR - 154-04.2010.5.03.0149, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 15.10.2012)

REGIME 12 X 36. ADICIONAL NOTURNO DEVIDO. PRORROGAÇÃO DA JORNADA EM HORÁRIO DIURNO. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem, mesmo considerando ser "incontroversa a prestação de trabalho em horário misto (diurno e noturno) - 19h às 7h, conforme cartões de ponto adunados aos autos (fls. 323/362)", excluiu "da condenação o adicional noturno no tocante às horas laboradas após às 05h" sob o argumento de que o adicional noturno só seria devido, na hipótese, "se a jornada fosse cumprida integralmente em horário noturno". 2. O fato gerador do direito à hora noturna reduzida e ao adicional noturno, nos termos da lei, é o trabalho realizado em período noturno - entre as vinte e duas horas de um dia e às cinco horas do dia seguinte - e, do mesmo modo, a continuidade desse trabalho após esse horário, já que o desgaste sofrido pelo empregado, inerente ao trabalho noturno, se agrava ao permanecer no trabalho após aquele horário, segundo se depreende do art. 73 da CLT e seus parágrafos, da Súmula 60, II, do TST e da OJ 388/SDI-I do TST. Precedentes. 3. Decisão regional em contrariedade à jurisprudência assente nesta Corte Superior. (...) (RR - 705-69.2010.5.05.0038, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, DEJT 22/05/2015).

RECURSO DE REVISTA. JORNADA MISTA INICIADA APÓS AS 22 HORAS. PRORROGAÇÃO DO TRABALHO NOTURNO. ADICIONAL DEVIDO. 1 - Nos termos da Súmula 60, II, do TST, -cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT-. 2 - O entendimento contido na referida súmula prevalece, inclusive, em se tratando de jornada mista, como na hipótese em comento, em que a jornada iniciava-se às 22:45h e perdurava até à 6:20h, em razão do desgaste físico da jornada noturna e a necessidade de garantir a higidez física e mental do trabalhador. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 1156-87.2012.5.09.0014, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 15/10/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/10/2014)

ADICIONAL NOTURNO. NORMA COLETIVA. Na hipótese em exame, o TRT afastou a pretensão recursal dispondo que: "Restou inconteste



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

nos autos que os substituídos que iniciam seu turno no horário noturno - às 23h30 - e terminam no horário diurno - às 06h45 - não recebem o adicional noturno sobre as horas laboradas em prorrogação à jornada noturna. O pagamento do adicional noturno visa a compensar o trabalhador pelo maior desgaste a que se sujeita quando a prestação de serviços ocorre no período noturno, além do evidente desconforto pessoal, social e familiar imposto ao indivíduo. Não obstante o 2º do art. 73 da CLT dispor que se considera noturno o trabalho executado entre as 22h00 de um dia e as 5h00 do dia seguinte, o §5º do referido preceito celetista, coerente com a finalidade da norma, garante o pagamento do adicional noturno às horas laboradas em prorrogação. A jornada de trabalho que, embora não cumprida integralmente no período noturno, esteja nele incluída em quase sua totalidade, como ocorre no caso dos autos, atrai a incidência da norma insculpida no art. 73, §5º, da CLT, fazendo jus o trabalhador ao pagamento do adicional noturno sobre as horas laboradas em prorrogação à jornada noturna, e aos respectivos reflexos (Súmula nº 60, I do TST)." A decisão combatida tal como posta não denota contrariedade ao verbete da Súmula nº 60 do TST, pelo contrário. Prevalece nesta Corte o entendimento de que os direitos decorrentes do horário noturno devem ser aplicados, inclusive em se tratando de jornada mista, vez que basta ter havido cumprimento da jornada em período noturno, com prorrogação para o período diurno, fato observado no caso concreto. O acórdão recorrido, portanto, diferentemente do defendido pela agravante está em conformidade com o item II da Súmula nº 60 do TST, o que, por conseguinte, impede a admissibilidade do recurso de revista ante o óbice previsto no art. 896, §4º da CLT. Em relação ao argumento de que a forma de pagamento do adicional noturno era previsto em norma coletiva, o TRT ressaltou ainda que(cf. fls. 1084): "É preciso ponderar, outrossim, que a cláusula 1ª da norma coletiva da categoria, ao dispor sobre o pagamento do adicional noturno de 45% prestado entre as 22h00 e 5h00 não afastou a aplicação desse percentual sobre as horas laboradas em prorrogação (fl. 487). Do cotejo da referida previsão normativa com a cláusula 12ª do mesmo instrumento normativo (fl. 487) extrai-se que a negociação coletiva em torno do elastecimento do labor em regime de turno ininterrupto de revezamento, dispôs, expressamente, como contrapartida aos trabalhadores, o direito ao adicional noturno com redução de hora noturna paga no adicional de 45%,



PROCESSO Nº TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

sem impor qualquer limitação quanto ao adicional sobre as horas laboradas em prorrogação à jornada noturna, conforme garantido pelo § 5º do art. 73 da CLT." O reexame das premissas assentadas na decisão recorrida encontra óbice na Súmula nº 126 do TST. Agravo de instrumento improvido. (AIRR - 1004-92.2012.5.15.0007, Relator Desembargador Convocado: Américo Bedê Freire, 6ª Turma, DEJT 29/05/2015)

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. 1. ADICIONAL NOTURNO. O Regional acresceu à condenação o pagamento do adicional noturno corresponde às horas noturnas prorrogadas, porquanto a reclamada não considerou o labor desempenhado a partir das 5h da manhã para fins de adicional noturno, quando o reclamante laborava em jornada da meia noite às 7h15 ou 8h, computando apenas o labor prestado das 22h às 5h da manhã para fins de adicional noturno. Decisão em consonância com a Súmula nº 60, II, desta Corte. (...) (ARR - 1534-09.2012.5.03.0144, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 29/05/2015).”

Assim sendo, com muito mais razão há de ser aplicado tal entendimento quando o labor inicia-se antes mesmo das 22 horas, como na hipótese dos autos.

Ademais, a existência de cláusula coletiva limitando o adicional noturno às horas laboradas entre 22h e 5h não impede a aplicação do entendimento contido na Súmula nº 60, II, desta Corte. Nesse sentido, cito o seguinte precedente da SDI-1:

“RECURSO DE EMBARGOS. ADICIONAL NOTURNO-PERCENTUAL APLICÁVEL ÀS HORAS LABORADAS APÓS AS 05:00H - INSTRUMENTO COLETIVO. A Turma, ao reconhecer que a hora laborada entre 5:00h e 6:00h também configura trabalho noturno, decidiu de acordo mens legis do artigo 73 consolidado. Com efeito, considerando-se que, em havendo elástico da jornada noturna, adentrando as horas prestadas em período diurno, deverão estas ser abarcadas pelo labor noturno, ou seja, se o reclamante iniciou suas atividades no dia anterior e estendeu-as após as 5h do outro dia, tem-se um completo período noturno e outro período diurno, o que configura a hipótese de prorrogação da jornada noturna. O



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

cansaço do empregado decorrente do trabalho prestado nas horas noturnas se estende às horas diurnas. Com efeito, não há como conceber-se que, a partir das cinco da manhã, tendo o empregado adentrado a jornada diurna, sinta-se melhor e mais disposto a trabalhar, simplesmente porque encerrou o trabalho noturno. Nesse contexto, por silogismo óbvio, extremamente razoável a aplicação do adicional noturno no percentual de 60%, previsto na norma coletiva, às horas noturnas prorrogadas (entre 5:00h a 6:00h), cujo objetivo foi remunerar com percentual mais benéfico o labor noturno, disposição que guarda consonância com a Súmula n° 60, item II, que dispõe -Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT". Recurso de embargos conhecido e provido." (E-ED-RR - 93300-06.2009.5.20.0006, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 23/05/2014)

Logo, o entendimento adotado pelo Tribunal Regional contraria a jurisprudência pacífica desta Corte Superior consubstanciada pela Súmula n° 60, II, do TST, que dispõe:

"ADICIONAL NOTURNO. INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO E PRORROGAÇÃO EM HORÁRIO DIURNO (incorporada a Orientação Jurisprudencial n° 6 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - (...)

II - Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT. (ex-OJ n° 6 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)"

Pelo exposto, **conheço** do recurso de revista, por contrariedade à Súmula n° 60, II, do TST.

MÉRITO

Conhecido o recurso por contrariedade à Súmula n° 60, II, do TST, **dou-lhe provimento** para restabelecer a sentença que condenou a reclamada ao pagamento do adicional noturno em relação às horas



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

trabalhadas além das 5h, com os reflexos em DSR, aviso prévio indenizado, férias + 1/3, 13° salário, FGTS com multa de 40%.

1.5 - DIFERENÇAS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA

Consta do acórdão:

“DIFERENÇAS DE FGTS – afirma em a inicial o reclamante que o FGTS *“era recolhido a menor e de forma irregular, conforme se provará com a apresentação das Guias de Recolhimento Fundiário em poder da Reclamada.”* – fls. 02.

Contestando a reclamada alegou devidamente recolhidos os valores devidos a título de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, apresentando extrato demonstrativo e as guias para levantamento, acatados pelo juízo de origem, entendendo que *“não tendo o autor se desincumbido de seu ônus processual, impõe-se indeferir o pedido de diferenças de FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço com multa de 40%.”* – fls. 121.

Ao alegar apenas genericamente que não há nos autos qualquer comprovante de depósito integral do FGTS, o reclamante contraria as provas existentes. Observe-se, inclusive, haver o reclamante recebido a documentação para levantamento dos valores depositados, sem comprovação nos autos da insuficiência dos recolhimentos.

Indeferido o pedido de reconhecimento de diferenças em favor do autor.”

O reclamante sustenta que é do empregador o ônus de comprovar o recolhimento dos depósitos de FGTS.

Aduz que não há comprovante de recolhimento do FGTS desde a admissão até dezembro de 2008.

Requer seja condenada a reclamada ao pagamento de quantia equivalente aos depósitos de FGTS cujos meses não restem comprovados nos autos.

Indica ofensa aos artigos 313 do CPC e 818 da CLT.
Passo à análise.

A OJ n° 301 da SDI-1 desta Corte foi cancelada, consoante Resolução n.° 175/2011, publicada no DEJT dos dias 27, 30 e



PROCESSO Nº TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

31/05/2011. O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho concluiu que, em face do princípio da aptidão para a prova, incumbe ao empregador comprovar os depósitos do FGTS.

Assim, com o cancelamento do mencionado verbete não mais prevalece o entendimento de que o empregado deve demonstrar o período no qual não houve depósito do FGTS para se transferir à reclamada o ônus da prova.

Tratando o depósito do FGTS de obrigação legal a cargo do empregador, compete a ele a prova da regularidade dos depósitos.

Cito precedentes:

“DIFERENÇAS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA. CANCELAMENTO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 301 DA SBDI-1 DO TST. Na 6ª Sessão Extraordinária do Tribunal Pleno dessa Corte, realizada no dia 24/5/2011, por maioria de votos, aprovou-se o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 301 da SBDI-1, pela qual se entendia que, definido pelo reclamante o período no qual não houve depósito do FGTS, ou houve em valor inferior, e alegada pela reclamada a inexistência de diferença nos recolhimentos de FGTS essa atraía para si o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar o fato extintivo do direito do autor. A partir desse cancelamento, entende-se que, independentemente de especificação, pelo empregado do período da alegada falta ou diferença de recolhimento do FGTS, tratando-se de obrigação legal do empregador o depósito da aludida parcela, compete-lhe, mesmo quando genericamente alegada pelo reclamante qualquer irregularidade no cumprimento dessa obrigação legal pela parte contrária, a prova da regularidade desses recolhimentos, por todo o período laborado, seja por se tratar de fato extintivo do direito do autor, seja por força do princípio da aptidão para a prova, segundo o qual a prova deve ser feita pela parte que tiver melhores condições para produzi-la, que, no caso, é a empresa, por lhe ser exigível manter a documentação pertinente guardada. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR - 849-95.2011.5.05.0462, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 14/02/2014)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. DIFERENÇAS DO FGTS. REGULARIDADE DO RECOLHIMENTO DOS DEPÓSITOS NA



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

CONTA VINCULADA. ÔNUS DA PROVA. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Esta Corte, ao promover debates entre os seus Ministros com o intuito de adequar a sua jurisprudência em temas relevantes, na semana compreendida entre 16/05/2011 e 20/05/2011, com publicação dos resultados em 24/05/2011, no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, cancelou a OJ 301/SBDI-1/TST (Resolução n° 175) e firmou o entendimento de que é do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS. Ademais, o fato extintivo (pagamento) é ônus probatório do devedor (art. 333, II, CPC). Sendo assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido." (AIRR - 1057-15.2011.5.04.0751, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 14/03/2014)

“RECURSO DE REVISTA. FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. PROVIMENTO. Com o cancelamento da Orientação Jurisprudencial n° 301 da SBDI-1, o entendimento desta colenda Corte Superior passou a ser no sentido de que cabe ao empregador o ônus da prova quanto aos depósitos do FGTS, mormente em razão de ter ele documentos para tanto, diferentemente do empregado. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR - 601-22.2013.5.09.0245, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, DEJT 12/12/2014).

“DIFERENÇAS DO FGTS. ÔNUS DA PROVA. Com o cancelamento da Orientação Jurisprudencial 301 da SBDI-1 do TST, o entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que é do empregador o ônus de comprovar a regularidade dos recolhimentos efetuados a título de FGTS. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR - 62500-69.2002.5.02.0255, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 7ª Turma, DEJT 21/03/2014)

“DIFERENÇAS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA. Segundo o princípio da aptidão para a prova, cabe ao empregador comprovar o regular pagamento do FGTS, uma vez que possui as guias comprobatórias dos recolhimentos. Desse entendimento resultou o cancelamento da Orientação Jurisprudencial n° 301 da SDI-I desta Corte Superior trabalhista, consoante Resolução n° 175/2011. Precedentes. Óbice da Súmula n° 333 desta Corte e do artigo 896, § 4º, da CLT. Recurso de revista não conhecido.”



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

(RR-179-23.2012.5.04.0471, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 5/4/2013)

Na hipótese, houve equívoco quanto à distribuição do ônus da prova.

Conheço do recurso, por violação do artigo 818 da CLT.

MÉRITO

Conhecido o recurso por violação do artigo 818 da CLT, **dou-lhe provimento** para determinar que a reclamada demonstre, em regular liquidação de sentença, a regularidade dos depósitos de FGTS, durante a vigência do contrato de trabalho, sob pena de pagar o equivalente.

1.6 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO

Quanto ao tema em destaque, assim decidiu o Tribunal Regional:

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – alega o reclamante recorrente *“que ficou cabalmente configurada a existência de labor em condições anormais com prejuízo ao empregado.”* – fls. 176.

O pedido do item “h” da inicial é de integração no salário do adicional de insalubridade percebido, evidenciando a incoerência das razões de recorrente quando expôs o pedido de revisão do julgado.

No aspecto a decisão recorrida não merece reforma, eis que examinou o pedido observando, efetivamente, as provas vindas aos autos:

A par de o Autor não ter apontado, objetivamente, diferenças em seu favor, indubitavelmente, a Ré integrou o adicional de insalubridade para todos os efeitos.

Veja-se que, embora o salário-base do Autor fosse de R\$ 490,00, o aviso prévio fora pago à monta de R\$ 744,62 (fl. 74) – valor que leva em conta o adicional de insalubridade.

Além disso, a Ré quitou as diferenças de décimo terceiro e férias decorrentes do adicional de insalubridade sob as rubricas “média de 13º rescisão” e “média de férias proporcionais”. – fls. 123.”



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

Nas razões recursais, o reclamante sustenta "que ficou cabalmente configurada a existência de labor em condições anormais com prejuízo ao empregado".

Aduz que pode ser aplicado, por analogia, o disposto na Súmula n° 293 do TST.

Requer a "reforma da r. sentença para, decidindo em consonância com a prova dos autos, determinar a integração da dita parcela para todos os efeitos legais".

Passo à análise.

Segundo se depreende do acórdão recorrido, o reclamante pleiteou a integração do adicional de insalubridade no salário para todos os efeitos legais.

Analisando as provas produzidas nos autos e, em atenção ao pedido formulado, o juízo a quo indeferiu o pleito ao fundamento de que a reclamada já procedeu à integração do adicional de insalubridade para todos os efeitos legais.

Sendo assim, para decidir em sentido contrário, necessário seria o reexame do conteúdo fático-probatório existente nos autos, procedimento vedado nesta fase recursal consoante a Súmula n° 126/TST.

Acrescente-se que a invocação do disposto na Súmula n° 293/TST, ainda que por analogia, é totalmente impertinente com as razões de decidir.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista apenas quanto aos temas "ADICIONAL NOTURNO. PRORROGAÇÃO DA JORNADA NOTURNA EM PERÍODO DIURNO", por contrariedade à Súmula n° 60, II, do TST, e "DIFERENÇAS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA", por violação do artigo 818 da CLT, e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença que condenou a reclamada ao pagamento do adicional noturno em relação às horas trabalhadas além das 5h, com os reflexos em DSR, aviso prévio



PROCESSO N° TST-RR-339-57.2010.5.05.0029

indenizado, férias + 1/3, 13° salário, FGTS com multa de 40%, bem como para determinar que a reclamada demonstre, em regular liquidação de sentença, a regularidade dos depósitos de FGTS, durante a vigência do contrato de trabalho, sob pena de pagar o equivalente.

Brasília, 17 de Junho de 2015.

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

MARIA HELENA MALLMANN

Ministra Relatora