PROCESSO Nº TST-RR-1003400-80.2009.5.09.0012

A C Ó R D Ã O
2ª Turma
GMJRP/pr

PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.
Não há falar em nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional quando o Regional aprecia devidamente as questões jurídicas em discussão nos autos, indicando, de forma fundamentada, as razões do seu convencimento, a despeito de não enfrentar alguns argumentos apresentados pela parte em embargos de declaração, porque irrelevantes para o deslinde da controvérsia, em face da tese adotada.
Recurso de revista **não conhecido.**

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONDIÇÃO DE DONA DA OBRA E CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LIGADOS À ATIVIDADE-FIM DA TOMADORA NÃO PREQUESTIONADOS.
A Corte regional não emitiu tese acerca de eventual contrato de empreitada, ante a existência de obra específica e determinada, tampouco foi instada a fazê-lo mediante a interposição de embargos de declaração, o que inviabiliza da análise da contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 do TST, em razão da ausência de prequestionamento. Ademais, também não há elementos no acórdão recorrido que corroborem a tese da reclamada quanto à contratação de empregado terceirizado para a realização de atividade-fim da empresa, motivo pelo qual não há como ser analisada a arguição de violação dos arts. 94 e 117 da Lei nº 9.472/97. Por outro lado, no caso dos autos, conforme expressamente consignado no acórdão regional, trata-se de terceirização e, consequentemente, está correta a aplicação da Súmula nº 331, item IV, do

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

TST, tendo em vista a responsabilidade do tomador de serviços pelo pagamento das parcelas não adimplidas pelo prestador contratado.
Recurso de revista **não conhecido** neste particular.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO EM PERCENTUAL INFERIOR AO PREVISTO EM LEI, AJUSTADO EM NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INVALIDADE. CANCELAMENTO DO ITEM II DA SÚMULA Nº 364 DO TST.
As condições de trabalho podem ser negociadas coletivamente pelos sindicatos representativos das categorias profissional e econômica, devendo ser dado amplo reconhecimento às convenções e aos acordos coletivos de trabalho decorrentes, por força de mandamento constitucional contido no artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988. No entanto, as negociações coletivas encontram limites nas garantias, nos direitos e nos princípios instituídos pela mesma Carta Magna, que são intangíveis à autonomia coletiva, como as normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador, que tutelam a vida e a saúde do empregado. Ou seja, se a Constituição da República assegura a todos os trabalhadores, no inciso XXII do mesmo artigo 7º, a existência de normas de saúde, higiene e segurança no trabalho capazes de reduzir os riscos inerentes à atividade laboral, as normas coletivas de trabalho decorrentes de negociação coletiva não podem, pura e simplesmente, eliminar ou reduzir os direitos previstos em lei ligados a essas matérias. Essa, aliás, foi a *ratio decidendi* dos vários precedentes que levaram à edição da Orientação Jurisprudencial nº 342, item I, da SBDI-1 desta Corte, *in verbis*: "INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

E ALIMENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE. (...) I - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva." Neste contexto, considerando que o adicional de periculosidade também constitui direito vinculado à saúde e à segurança do trabalho, assegurado por norma de ordem pública, nos termos dos artigos 193, § 1°, da CLT e 7°, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal, o direito ao seu pagamento integral (isto é, pelo percentual de 30% do valor mensal da base de cálculo salarial devida) não pode ser objeto de nenhuma redução ou limitação por negociação coletiva, diante do seu caráter indisponível. Exatamente por isso, os Ministros componentes do Tribunal Pleno desta Corte, em decorrência dos debates realizados na denominada "Semana do TST", no período de 16 a 20/5/2011, decidiram, em sessão realizada no dia 24/5/2011 e por meio da Resolução n° 174, da mesma data (DJe de 27/5/2011, p. 17 e 18), cancelar o item II da Súmula n° 364, que permitia a possibilidade de fixação do adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos. Desse modo, sendo incontroverso, nos autos, que o reclamante estava exposto a condições perigosas, faz ele jus ao pagamento do correspondente adicional, nos exatos termos da lei, ou seja, à razão do percentual de 30% do valor salarial mensal legalmente fixado como sua base de cálculo, já que o contato intermitente, e não só o contato

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

permanente com as condições de risco, também gera o direito ao adicional, nos termos do item I da mesma súmula, cujo teor foi, em sua essência, mantido na citada Resolução.
Recurso de revista **não conhecido.**

HORAS EXTRAORDINÁRIAS. TRABALHO EXTERNO.
Consignou o Regional que ficou comprovado que o reclamante não estava inserido na exceção prevista no artigo 62, inciso I, da CLT, dada a realização de controle de sua jornada de trabalho. Para se decidir de forma diversa, seria necessário revolver os fatos e as provas, o que é vedado nesta instância de natureza extraordinária, nos termos da Súmula nº 126 desta Corte. Não há falar, pois, em ofensa ao artigo 62, inciso I, da CLT.
Recurso de revista **não conhecido.**

INTERVALO INTRAJORNADA. FRUIÇÃO PARCIAL. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DO ADICIONAL DE SOBREJORNADA OU PERÍODO FALTANTE NÃO USUFRUÍDO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO À HORA INTERVALAR INTEGRAL ACRESCIDA DO MENCIONADO ADICIONAL. NATUREZA SALARIAL DA PARCELA. REFLEXOS.
Nos termos da Súmula nº 437, item I, do TST (antiga Orientação Jurisprudencial nº 307 da SBDI-1 desta Corte), a não concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo para repouso e alimentação implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% do valor da remuneração da hora normal de trabalho (artigo 71 da CLT). Dessa forma, abolido parte do intervalo destinado ao repouso e à alimentação do empregado, deve ser pago a ele, como extra, todo o período mínimo assegurado por lei, com adicional de horas extraordinárias, e

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

não apenas o período remanescente. Ademais, encontra-se pacificado, no âmbito desta Corte, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 354 da SBDI-1 desta Corte, convertida na Súmula nº 437, item III, o entendimento de que a parcela paga a esse título possui natureza salarial, repercutindo, portanto, no cálculo das demais verbas salariais.
Recurso de revista **não conhecido.**

INTERVALO PREVISTO NO ARTIGO 384 DA CLT PARA AS EMPREGADAS MULHERES.
Esta Corte, por meio do julgamento do TST-IIN-RR- 1.540/2005-046-12-00.5, ocorrido na sessão do Pleno do dia 17/11/2008, decidiu que o artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição da República. Nesse contexto, observa-se que o autor, do sexo masculino, não tem direito ao intervalo intrajornada previsto no artigo 384 da CLT.
Recurso de revista **conhecido e provido.**

COMPENSAÇÃO DE VALORES PAGOS. NÃO LIMITAÇÃO AO MÊS DE COMPETÊNCIA DO FATO GERADOR DA PARCELA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 415 DA SBDI-1 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.
Especificamente quanto ao tema das horas extras, a SBDI-1 desta Corte, com ressalva do posicionamento pessoal em contrário do Relator, pacificou o entendimento de que o abatimento das horas extras já pagas não se limita ao mês da apuração, devendo ser integral, aferido pelo total das horas extras quitadas durante o período imprescrito do contrato de trabalho, conforme se extrai o teor da Orientação Jurisprudencial nº 415 da SBDI-1 do TST:
"A dedução das horas extras comprovadamente pagas daquelas reconhecidas em juízo não pode ser limitada

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

ao mês de apuração, devendo ser integral e aferida pelo total das horas extraordinárias quitadas durante o período imprescrito do contrato de trabalho." Dessa forma, o abatimento de valores efetivamente pagos pelo empregador a título de horas extraordinárias deve ser efetuado pela totalidade dos créditos, independentemente do mês de pagamento e ainda que o seu pagamento tenha ocorrido em momento posterior ao mês em que foram prestadas. O mesmo raciocínio se aplica, por analogia, às demais verbas postuladas na demanda, sob pena de incorrer em enriquecimento ilícito do reclamante, na forma prevista no art. 884 do Código Civil. Recurso de revista **conhecido e provido.**

DESCONTOS FISCAIS. MEDIDA PROVISÓRIA N° 497/2010, CONVERTIDA NA LEI N° 12.350, DE 21/12/2010, QUE ACRESCENTA O ARTIGO 12-A NA LEI N° 7.713/1988 E DETERMINA A UTILIZAÇÃO DO CRITÉRIO MENSAL PARA O CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA. NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA N° 368, ITEM II, DO TST.

O critério de apuração do imposto de renda sobre as decisões judiciais foi modificado pela Medida Provisória n° 497/2010, convertida na Lei n° 12.350, de 21/12/2010, que acrescenta o artigo 12-A na Lei n° 7.713/1988 e determina a utilização do critério mensal para o cálculo do imposto. Como os descontos fiscais são regidos pela lei vigente na data em que eles são efetuados, evidentemente se aplica ao caso o referido diploma legal. Não se trata, pois, de aplicação retroativa da lei vigente à época. Por outro lado, em face do advento da legislação mencionada, o Tribunal Pleno desta Corte, em sessão realizada em 16/4/2012, alterou a redação do item II da Súmula n° 368 desta Corte, nos seguintes termos: "É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo ser calculadas, em relação à incidência dos descontos fiscais, mês a mês, nos termos do art. 12-A da Lei nº 7.713, de 22/12/1988". Portanto, a decisão regional, em que se determinou que os descontos fiscais sejam feitos mês a mês, harmoniza-se com a citada súmula, motivo pelo qual o apelo não alcança conhecimento ante o óbice do § 5º do art. 896 da CLT.
Recurso de revista **não conhecido.**

MULTA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS.
Consoante se extrai dos termos da decisão referente aos embargos de declaração interpostos contra o acórdão do julgamento do recurso ordinário, ao fundamento de que os citados embargos tiveram índole protelatória, a Corte regional condenou a reclamada ao pagamento da multa de 1% sobre o valor da causa. O artigo 538, parágrafo único, do CPC prevê a aplicação de multa à parte apenas quando apresentar embargos de declaração com o intuito manifestamente protelatório. Na hipótese dos autos, os embargos de declaração apresentados pela reclamada objetivaram a manifestação da Corte regional sobre argumentos tidos como expressamente apresentados em seu recurso ordinário que, ao entendimento da parte, seriam relevantes ao deslinde da controvérsia e que foram desconsiderados por aquela Corte. Na hipótese, verifica-se que o Regional analisou exaustivamente os temas contidos nas razões recursais, não se verificando, portanto, omissões no julgado. Na verdade, a parte reclamada não especificou em que consistiria a omissão do acórdão, limitando-se à rediscussão do contexto fático. Logo, não havia necessidade de interposição dos embargos de

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

declaração, sendo, em consequência, devida a multa. Incólume o artigo 538, parágrafo único, do CPC.
Recurso de revista **não conhecido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-1003400-80.2009.5.09.0012**, em que é Recorrente **OI S.A.** e são Recorridos **LUCIANO FARIA CORDEIRO** e **TELENGE TELECOMUNICAÇÕES E ENGENHARIA LTDA.**

O Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região, nos termos do acórdão de págs. 231-259, deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante para "a) condenar a reclamada ao pagamento de 1 (uma) hora extra, por dia laborado, em decorrência da violação ao intervalo intrajornada; b) condenar a reclamada ao pagamento de 15 minutos como extras, com reflexos, em todos os dias em que o autor tiver prestado sobrelabor; e c) acrescer à condenação o pagamento dos reflexos do vale-refeição, no período imprescrito" (pág. 259). De outra parte, negou provimento ao recurso da reclamada.

Contra esse acórdão, a reclamada Brasil Telecom S.A. interpôs embargos de declaração, aos quais foi negado provimento, nos termos da decisão de págs. 277-282.

Inconformada, a reclamada Brasil Telecom S.A. interpõe recurso de revista às págs. 286-308, com base no art. 896, "a" e "c", da CLT.

O recurso de revista foi admitido no despacho de págs. 319-321.

O reclamante apresentou contrarrazões ao recurso de revista às págs. 324-333.

Não houve remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, ante o disposto no art. 83 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

PROCESSO Nº TST-RR-1003400-80.2009.5.09.0012

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

CONHECIMENTO

A reclamada suscita, preliminarmente, a nulidade da decisão regional por negativa de prestação jurisdicional. Alega que, apesar de instada por meio de embargos de declaração, a Corte *a quo* não teria se manifestado sobre os temas neles contidos, especialmente no que concerne ao adicional de periculosidade, à jornada externa, abatimento, descontos fiscais e intervalo do art. 384 da CLT. Indica violação dos artigos 5º, XXXV e LV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal e 832 da CLT.

O artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal dispõe que as decisões judiciais serão fundamentadas, sob pena de nulidade. É certo também que o magistrado não está adstrito ao exame de todas as teses veiculadas pelas partes, cabendo-lhe, todavia, enfocar os pontos relevantes e pertinentes para a resolução da controvérsia.

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região negou provimento ao recurso ordinário da reclamada, alicerçando-se nos seguintes fundamentos:

> "ADICIONAL DE PERICULOSIDADE
>
> Sentença: *" Com isso, defiro a pretensão, fazendo jus o autor ao adicional de periculosidade (em sua integralidade), ou seja, 30% do salário (...). Vale observar que o reconhecimento do instrumento coletivo, neste caso, cede a realidade constatada, eis que parte de premissa que não se coaduna com as condições de trabalho (exposição, não eventual)"* (fls. 679/680).
>
> Recurso: Salienta a recorrente que há previsão de pagamento do adicional de periculosidade, em norma coletiva, em valor inferior ao legalmente previsto. (fls. 679/680).
>
> Sem razão.
>
> Não é possível aplicar, *in casu*, o entendimento consubstanciado na Súmula n.º 364, II, do C. TST, que admite a proporcionalidade do pagamento do adicional, em conformidade com a proporção de exposição, eis que não há nos autos nenhum elemento probatório que permita concluir que o valor pago corresponde à efetiva freqüência do contato do obreiro com a área de risco. Inócua, destarte, a discussão atinente à existência de ACT prevendo

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

adicional de periculosidade vigente em apenas curto período da contratualidade.

O pagamento de adicional de periculosidade no percentual 30% está previsto em lei e, portanto, não é possível de ser reduzido via negociação coletiva - eis que se trata de direito mínimo - e a lei não distingue tempo de exposição ao risco. Além do que, a prova produzida não é no sentido de eventualidade dessa exposição, ao contrário, o laudo pericial não delimita o lapso temporal. Ademais, o infortúnio não escolhe dia e nem hora, basta um momento! Portanto, não sendo exposição em caráter eventual e, ainda, por curtíssimo espaço de tempo, devido o adicional na integralidade!

Vale frisar que o reconhecimento constitucional dos pactos coletivos não implica a chancela de qualquer disposição convencional, ou mesmo transação de quaisquer direitos previstos em prol do trabalhador, mormente no que diz respeito a direitos mínimos vinculado à segurança e saúde do trabalho. Não há, ademais, nenhuma vantagem compensatória claramente discernível em razão da redução do percentual incidente.

Portanto, irregular o pagamento em percentual inferior a 30%, previsto legalmente.

Mantenho.

4. HORAS EXTRAS

Sentença: "*entendo que a atividade do autor era passível de fiscalização e portanto sujeita limitação de jornada (...) Sendo possível a fiscalização, incumbia a reclamada efetivar e exibir os controles de jornada, não o fazendo parte-se da presunção de veracidade do declinado na inicial*" (fls. 669/verso e 670).

Recurso: Pugna a recorrente pelo afastamento da condenação de horas extras, ante a aplicação do artigo 62, I, da CLT, bem como, sucessivamente, a não condenação de reflexos em DSR e que a base de cálculo seja o salário base (fls. 680/681).

Sem razão.

O ônus da prova quanto ao fato impeditivo do direito do reclamante (enquadramento do autor no art. 62, I, da CLT) incumbia ao empregador e deste encargo não se desincumbiu a contento.

Frise-se que para se excluir o empregado do regime de duração da jornada é necessário que seja impossível controlar ou mesmo mensurar a jornada trabalhada, o que não ocorria no presente caso, dada a existência de controle indireto de jornada existente. Nesse sentido, tem-se o seguinte julgado:

"TRABALHO EXTERNO - ART. 62, I, DA CLT - Para a configuração da regra constante no art. 62, I, da CLT, é necessário, além da anotação na CTPS e no registro de empregados da condição de empregado externo, a impossibilidade de fiscalização da jornada de trabalho pelo empregador. Note-se: Não é a ausência de fiscalização que atrai o enquadramento jurídico excepcional, mas sim a real impossibilidade de controle do horário de trabalho do empregado. Todavia, é do empregador o ônus probatório de que o empregado exercia atividades externas e não estava

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

sujeito ao controle de jornada, por ter invocado norma de exceção como óbice ao direito a horas extras (art. 818 da CLT e 331 do CPC). (TRT 9ª R. - Proc. 02445-2002-019-09-00-0 -(11886-2004) - Rel. Juiz Celio Horst Waldraff - DJPR 11.06.2004)

Da prova oral não é possível extrair a conclusão pela impossibilidade de controle de jornada. Ao contrário, a testemunha arrolada pela parte autora (Marcelo - fl. 612) relatou que havia a obrigação de entrar em contato com um supervisor durante o dia.

Nota-se, ainda do depoimento das testemunhas, a afirmação de que o reclamante fazia uso da denominada "URA", retirando e encerrando serviços através desse sistema. Ora, tal sistema revela-se também como mais um dos mecanismos que possibilitam a fiscalização do cumprimento da jornada.

A testemunha Marcelo ressaltou que "no sistema URA fica registrado quanto tempo demorou cada atendimento", enquanto a testemunha Cláudio (fl. 613) relatou que "*no sistema URA fica registrada a hora em que o serviço é iniciado e finalizado*" ou seja, possibilitando o controle sobre o término de cada serviço e, portanto, da jornada.

Em conseqüência, porque a ré não procedeu ao controle de jornada de seu empregado, em hipótese em que estava obrigada por lei para tanto, amolda-se à situação o entendimento constante da Súmula n.º 338 do C. TST, que na omissão injustificada do empregador de juntar aos autos os controles de jornada, autoriza o reconhecimento da veracidade dos horários apontados na peça inicial.

No que toca ao <u>pleito sucessivo</u>, melhor sorte não assiste à reclamada.

Quanto à base de cálculo, não deve ser limitada ao salário base, nos termos da Súmula 264 do TST.

E no que concerne aos reflexos, nos termos da Lei 605/49, art. 7o, "a" e das Súmulas 172/TST (Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas. Ex-prejulgado nº 52) e 376, II/TST (II - O valor das horas extras habitualmente prestadas integra o cálculo dos haveres trabalhistas, independentemente da limitação prevista no caput do art. 59 da CLT), as horas extras habituais (caso dos autos) geram reflexos em repouso remunerado.

Mantenho.

(...)

ABATIMENTO/COMPENSAÇÃO

Sentença: Deferiu-se abatimento de algumas verbas no sistema mensal (fls. 667 e ss.).

Recurso: Alega a recorrente que a compensação deve ser realizada sobre o total, e não mês a mês, sob pena de enriquecimento ilícito do autor (fl. 682).

Sem razão.

O abatimento de valores pagos somente pode ser efetuado no respectivo mês em que as diferenças objeto da condenação forem apuradas. Se em dado mês o empregador remunerou horas extras, por exemplo, em valor superior ao devido, ainda que a título de complemento de labor

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

suplementar realizado em outros meses, salvo se houver discriminação expressa nesse sentido, este fato não pode ter qualquer repercussão para efeito de diminuição do crédito de diverso período.

Tem-se que, neste caso, houve pagamento a mero título de liberalidade, sendo que a utilização de critério diverso criaria risco de complessividade salarial.

Mantenho.

8. DESCONTOS FISCAIS

Sentença: "*Os desconstos previdenciários e fiscais deverão ser feitos mês a mês*" (fl. 671v).

Recurso: Afirma a segunda ré que o critério correto sobre os descontos fiscais é o de uma só vez, requerendo a reforma nesse sentido (fl. 682).

Sem razão.

Conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, os descontos fiscais incidentes sobre valores pagos acumuladamente, situação na qual se incluem os rendimentos decorrentes de decisão judicial, devem obedecer às tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referirem tais rendimentos, ou seja, adoção do regime de competência (mês a mês) ao invés do regime de caixa (de forma englobada):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. IMPORTÂNCIAS PAGAS EM DECORRÊNCIA DE SENTENÇA TRABALHISTA. RENDIMENTOS ACUMULADOS. ALÍQUOTA APLICÁVEL. APURAÇÃO MENSAL. DECISÃO MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA EM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. No caso de rendimentos pagos acumuladamente em cumprimento de decisão judicial, a incidência do imposto ocorre no mês de recebimento, como dispõe o art. 12 da Lei 7.713/88, mas o cálculo do imposto deverá considerar os meses a que se referirem os rendimentos. 2. A decisão monocrática ora agravada baseou-se em jurisprudência do STJ, razão pela qual não merece reforma. 3. Agravo regimental não provido. AgRg no Ag 941489 (2007/0179932-3 - 16/04/2009) - MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, Relator

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. VALORES PAGOS ACUMULADAMENTE. CÁLCULO DO IMPOSTO. TABELAS E ALÍQUOTAS PRÓPRIAS DA ÉPOCA A QUE SE REFEREM OS RENDIMENTOS. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NAS 1ª E 2ª TURMAS. RECURSO DESPROVIDO. REsp 752274 (2005/0083080-0 - 04/02/2009) - MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, Relator

O artigo 12 da Lei 7.713/88 (Art. 12. No caso de rendimentos recebidos acumuladamente, o imposto incidirá, no mês do recebimento ou crédito, sobre o total dos rendimentos, diminuídos do valor das despesas com ação judicial necessárias ao seu recebimento, inclusive de advogados, se tiverem sido pagas pelo contribuinte, sem indenização) disciplina apenas o momento de incidência do imposto de renda e não o modo de cálculo.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

A respaldar o entendimento jurisprudencial, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editou o Ato Declaratório 1/20009, publicado no Diário Oficial da União, Seção 1, em 14/05/09:

ATO DECLARATÓRIO Nº 1, DE 27 DE MARÇO DE 2009

O PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da competência legal que lhe foi conferida, nos termos do inciso II do art. 19, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, tendo em vista a aprovação do Parecer PGFN/CRJ/Nº 287/2009, desta Procuradoria- Geral da Fazenda Nacional, pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, conforme despacho publicado no DOU de 13/05/2009, DECLARA que fica autorizada a dispensa de interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante:

"nas ações judiciais que visem obter a declaração de que, no cálculo do imposto renda incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos, devendo o cálculo ser mensal e não global. (grifo nosso)

Assim, em atenção aos princípios constitucionais da capacidade contributiva (Art. 145, § 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte), da progressividade (Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...] III - renda e proventos de qualquer natureza; [...] § 2º. O imposto previsto no inciso III: [...] § 2º. será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;), da isonomia (Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] II. instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos); deve ser aplicada a tabela progressiva, observando-se as alíquotas e os limites de isenção vigentes à época do vencimento da verba inadimplida.

Ainda, a incidência de descontos fiscais pelo regime de caixa ocasionaria enriquecimento sem causa ao Fisco, pois o contribuinte sofreria tributação mesmo em situações nas quais, se a reclamada tivesse considerado a época própria, o reclamante estaria isento (em face do teto legal mínimo de incidência) ou obrigado ao recolhimento de valor inferior.

Em resumo: os descontos fiscais devem ser apurados pelo regime de competência (mês a mês), conforme as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referirem os rendimentos.

Rejeito.

(...)

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

HORAS EXTRAS

Sentença: O Juízo Monocrático rejeitou a pretensão à condenação pela não concessão do intervalo previsto no art. 384 da CLT (fl. 670).

Recurso: Pugna a reforma da sentença (fls. 724/725).

Com razão.

Quanto ao artigo 384 da CLT, o mesmo prevê, para a mulher, o direito a intervalo mínimo de quinze minutos antes do início de jornada extraordinária (Art. 384. Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho).

Inicialmente, ressalvo que meu posicionamento originário era no sentido de que a norma ora invocada não foi recepcionada pelo texto constitucional vigente. Ora, a regra do art. 384 celetário não subsiste na ordem constitucional instituída pela Carta Magna de 1988, que assegurou, em seu artigo 5.º, I, direitos iguais entre homens e mulheres indistintamente.

Ressalte-se nesse mesmo diapasão a lição de Sérgio Pinto Martins:

O preceito em comentário conflita com o inciso I do artigo 5º da Constituição, em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Quanto à mulher, tal preceito mostra-se discriminatório, pois o empregador pode preferir a contratação de homens, em vez de mulheres, para o caso de prorrogação do horário normal, pois não precisará conceder o intervalo de 15 minutos para prorrogar a jornada de trabalho da mulher. (Comentários à CLT, 8a. ed., SP, Atlas, 2004).

Todavia, por força da decisão plenária do C. TST (IIN-RR-1540/2005-046-12-00-5), reformulei meu entendimento, passando a considerar o cabimento do intervalo do art. 384 da CLT, exclusivamente para a mulher.

Cito, por oportuno, os fundamentos expostos na ementa do Ministro Ives Gandra Martins Filho no julgamento do incidente de inconstitucionalidade 1540/2005-046-12-00-5, publicada em 13/02/2009:

(...)

Contudo, curvo-me ao entendimento majoritário desta E. Turma a qual estende o direito ao intervalo em comento também para trabalhadores homens, em homenagem ao princípio da isonomia.

Cito precedente turmário (03196-2007-012-09-00-0, publicado em 20-03-2009, Rel. Rosemarie Pimpão):

Alterando posicionamento anterior a respeito do tema, esta E. Turma, passou a entender que diante do princípio constitucional da isonomia mostra-se imperioso se estender aos homens o mesmo direito reconhecido às mulheres previsto no artigo 384 da CLT, norma que deve ser aplicada de forma indistinta, visando a higidez física e mental do empregado, sem exigir-lhe trabalho contínuo, mostrando-se razoável sua ampliação a todos os trabalhadores.

[...]

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Nesta linha, considerando uma interpretação sistemática e analógica, tem-se que o artigo 384 da CLT em cotejo com o disposto nos artigos 59, 61 e 71, parágrafo 1º, da CLT, no sentido de que o intervalo de 15 minutos para descanso entre a jornada normal e a extraordinária seja devido em todos os casos de prorrogação de serviço de qualquer trabalhador, seja mulher ou homem.

Reformo, para condenar a reclamada ao pagamento de 15 minutos como extras, com reflexos, em todos os dias em que o autor tiver prestado sobrelabor.

Os parâmetros de apuração e os reflexos são os mesmos já fixados em sentença para as demais horas extras (fl. 269-verso/270)." (págs. 238-248)

Ao apreciar os embargos de declaração, expendeu os seguintes esclarecimentos:

"1. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

A embargante prequestiona o disposto nos arts. 7º, XXVI e 8º, III da CF, bem como no art. 611 § 1º da CLT.

Sem razão.

A insurgência neste ponto não se justifica sequer para fins de prequestionamento, eis que a tese jurídica adotada por esta Corte encontra-se devidamente explanada em fls. 762/763.

Rejeito.

2. JORNADA EXTERNA

Requer a embargante seja fixado no acórdão o depoimento da testemunha Claudio e, ainda, que se esclareça se o sistema URA pode ser acessado de qualquer lugar (arts. 333 do CPC e 818 da CLT).

Sem razão.

A reclamada não logra apontar qualquer omissão, contradição ou obscuridade no julgado que justifique o uso da presente medida processual. Pelo contrário, intenta a reapreciação da matéria em seu mérito, sendo certo que a tese jurídica adotada por esta Corte encontra-se exaustivamente explanada na decisão embargada (fl. 764).

Rejeito.

3. ABATIMENTO

Questiona a embargante se o deferimento da compensação mês a mês não viola o art. 884 do CCB.

Sem razão.

Novamente, a insurgência neste ponto não se justifica sequer para fins de prequestionamento, eis que a tese jurídica adotada por esta Corte encontra-se devidamente explanada em fls. 766.

Rejeito.

4. DESCONTOS FISCAIS E JUROS DE MORA

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Questiona a embargante acerca de diversos dispositivos legais aplicáveis à matéria dos descontos fiscais e juros de mora.

Sem razão.

A insurgência neste ponto não se justifica sequer para fins de prequestionamento, eis que a tese jurídica adotada por esta Corte encontra-se devidamente explanada em fls. 766/767.

Rejeito.

5. INTERVALO DO ART. 384 DA CLT

Questiona a embargante se o deferimento do intervalo do art. 384 da CLT não viola o art. 5º, *caput* e o § 1º da Carta Magna.

Sem razão.

A insurgência neste ponto não se justifica sequer para fins de prequestionamento, eis que a tese jurídica adotada por esta Corte encontra-se devidamente explanada em fls. 769/770." (págs. 278-281)

Quanto ao adicional de periculosidade, foi expresso ao afirmar: "o pagamento de adicional de periculosidade no percentual 30% está previsto em lei e, portanto, não é possível de ser reduzido via negociação coletiva - eis que se trata de direito mínimo - e a lei não distingue tempo de exposição ao risco" (pág. 239).

No que concerne às horas extras, expressou sua tese no seguinte sentido: "a ré não procedeu ao controle de jornada de seu empregado, em hipótese em que estava obrigada por lei para tanto, amolda-se à situação o entendimento constante da Súmula n.º 338 do C. TST, que na omissão injustificada do empregador de juntar aos autos os controles de jornada, autoriza o reconhecimento da veracidade dos horários apontados na peça inicial" (pág. 242).

Quanto ao abatimento, registrou que "o abatimento de valores pagos somente pode ser efetuado no respectivo mês em que as diferenças objeto da condenação forem apuradas" (pág. 245).

No que tange ao intervalo do art. 384 da CLT, consignou que "diante do princípio constitucional da isonomia mostra-se imperioso se estender aos homens o mesmo direito reconhecido às mulheres previsto no artigo 384 da CLT, norma que deve ser aplicada de forma indistinta" (pág. 254).

Por fim, com relação aos descontos fiscais, consignou que "os descontos fiscais devem ser apurados pelo regime de competência (mês a mês), conforme as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referirem os rendimentos" (pág. 248).

Ao decidir, o juiz deve, além de fundamentar sua decisão, analisar as matérias fáticas necessárias à defesa da parte bem como enfrentar a tese jurídica aventada pelo recorrente para que seja

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

suprido o requisito do prequestionamento, essencial ao aviamento do recurso de revista, tendo em vista sua natureza extraordinária.

Ante o exposto, não há vícios no julgado a ensejar a nulidade do acórdão regional proferido nos embargos de declaração e, muito menos, prejuízo à possível admissibilidade de seu recurso de revista a esta Corte.

Assim, não se evidencia violação dos artigos 93, inciso IX, da Constituição Federal e 832 da CLT.

Os demais dispositivos apontados não servem de fundamento à preliminar de nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional, consoante o disposto na Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1.

Não conheço.

2. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONDIÇÃO DE DONA DA OBRA E CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LIGADOS À ATIVIDADE-FIM DA TOMADORA NÃO PREQUESTIONADOS

CONHECIMENTO

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região negou provimento ao recurso ordinário da reclamada para manter a sentença em que se responsabilizou subsidiariamente a Brasil Telecom S.A. ao pagamento dos créditos trabalhistas, alicerçando-se nos seguintes fundamentos:

> "1. IMPOSSIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA BRASIL TELECOM S.A.
>
> Sentença: *"Assim, adoto o entendimento jurisprudencial supra citado, para condenar a segunda reclamada a responder subsidiariamente por todo eventual crédito deferido na presente, eis que toda a prestação de serviço se deu a seu favor. Não há que se falar em responsabilidade solidária, eis que essa decorre da lei, ou seja, há necessidade de reserva legal (o que significa que merece previsão específica não sendo possível a analógica).Acolho parcialmente." (fls. 667/verso).*
>
> Recurso: Pugna a segunda ré pela impossibilidade de responder subsidiariamente na presente ação. (fls. 676/677/678).
>
> Sem razão.
>
> A responsabilidade subsidiária decorre, unicamente, do entendimento jurisprudencial consolidado no âmbito desta Justiça Especial de que, quando

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

não adimplidas as obrigações trabalhistas, por parte do empregador prestador dos serviços, cabe a condenação subsidiária do tomador dos serviços apenas quanto àquelas obrigações, desde que tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial (Súmula nº 331, IV, TST). Não há, portanto, que se perquirir a licitude ou não da intermediação realizada.

Note-se que a responsabilidade subsidiária imputada à empresa tomadora dos serviços não afronta o artigo 5º, II, da Constituição da República ou o art. 114 da Constituição Federal, pois a jurisdição não se aperfeiçoa apenas através de normas positivadas, mas também através da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

É ostensivo que embora empregado da empresa locadora dos serviços, o trabalhador insere-se bem mais no meio empresarial da tomadora do que no de sua empregadora, donde a responsabilidade subsidiária daquela, em virtude de sua culpa "in eligendo" e "in vigilando" - que, diga-se, o são em potencial -, beneficiária final e direta dos serviços prestados.

Se, de um lado, a terceirização vem sendo estimulada, com vistas a reduzir os alarmantes índices de desemprego, de outro lado a contraprestação do trabalho executado pelo trabalhador (fonte de sua subsistência) não pode ficar a mercê da sorte, sendo, portanto, razoável que o beneficiário de seus serviços seja chamado à responsabilidade patrimonial.

Como ensina Maurício Godinho Delgado, a responsabilidade do tomador de serviços deriva do risco empresarial objetivo pela terceirização, independendo de alegação (ou evidência) de inidoneidade da empresa contratante direta da força de trabalho.

Tal entendimento tem por finalidade precípua assegurar ao menos favorecido a garantia de seus direitos. Não se impõe prejuízo ao tomador dos serviços, posto que este dispõe de melhores condições, notadamente no campo jurídico, para ressarcir-se dos pagamentos eventualmente realizados em decorrência da decisão da Justiça do Trabalho.Em caso semelhante este Regional já se posicionou a respeito, senão vejamos:

(...)

Em conseqüência, sendo a empresa beneficiária direta da prestação dos serviços do reclamante, deve ser mantida a sentença que reconheceu a responsabilidade subsidiária do recorrente, à luz da Súmula n.º 331, IV do TST

Nada a prover." (págs. 233-234)

A reclamada insurge-se contra a condenação subsidiária ao pagamento das verbas reconhecidas judicialmente. Alega que não há sequer indícios de que a primeira reclamada não tenha idoneidade econômica ou financeira. De outra parte, sustenta que trata-se de hipótese de dono da obra e, consequentemente, deve incidir o disposto

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

no Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 do TST. Sustenta, por fim, que a matéria atinente às telecomunicações tem regência legal e específica que autoriza, expressamente, a contratação de terceiros.

Indica violação dos arts. 94 e 117 da Lei nº 9.472/97, 186 e 927 do Código Civil, bem como contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 do TST. Transcreve arestos para confronto de teses.

A Corte regional não emitiu tese acerca de eventual contrato de empreitada, ante a existência de obra específica e determinada, tampouco foi instada a fazê-lo mediante a interposição de embargos de declaração, o que inviabiliza da análise da contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 do TST, em razão da ausência de prequestionamento.

Ademais, também não há elementos no acórdão recorrido que corroborem a tese da reclamada quanto à contratação de empregado terceirizado para a realização de atividade-fim da empresa, motivo pelo qual não há como ser analisada a arguição de violação dos arts. 94 e 117 da Lei nº 9.472/97.

Por outro lado, no caso dos autos, conforme expressamente consignado no acórdão regional, trata-se de terceirização e, consequentemente, está correta a aplicação da Súmula nº 331, item IV, do TST, tendo em vista a responsabilidade do tomador de serviços pelo pagamento das parcelas não adimplidas pelo prestador contratado.

Finalmente, verifica-se que os arestos transcritos para conflito de teses são inespecíficos, ante a ausência da identidade fática exigida na Súmula nº 296, inciso I, do TST, porquanto neles pauta-se na premissa da existência de contrato de empreitada, o que não foi apreciado no caso vertente.

Não conheço do recurso.

3. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO EM PERCENTUAL INFERIOR AO PREVISTO EM LEI, AJUSTADO EM NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INVALIDADE. CANCELAMENTO DO ITEM II DA SÚMULA Nº 364 DO TST

CONHECIMENTO

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

PROCESSO Nº TST-RR-1003400-80.2009.5.09.0012

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada para, mantendo a sentença, determinar o pagamento das diferenças do adicional de periculosidade entre o valor pago com base em norma coletiva e o valor integral, com os respectivos reflexos.

Eis os fundamentos do acórdão:

> "ADICIONAL DE PERICULOSIDADE
>
> Sentença: *" Com isso, defiro a pretensão, fazendo jus o autor ao adicional de periculosidade (em sua integralidade), ou seja, 30% do salário (...). Vale observar que o reconhecimento do instrumento coletivo, neste caso, cede a realidade constatada, eis que parte de premissa que não se coaduna com as condições de trabalho (exposição, não eventual)"* (fls. 679/680).
>
> Recurso: Salienta a recorrente que há previsão de pagamento do adicional de periculosidade, em norma coletiva, em valor inferior ao legalmente previsto. (fls. 679/680).
>
> Sem razão.
>
> Não é possível aplicar, *in casu*, o entendimento consubstanciado na Súmula n.º 364, II, do C. TST, que admite a proporcionalidade do pagamento do adicional, em conformidade com a proporção de exposição, eis que não há nos autos nenhum elemento probatório que permita concluir que o valor pago corresponde à efetiva freqüência do contato do obreiro com a área de risco. Inócua, destarte, a discussão atinente à existência de ACT prevendo adicional de periculosidade vigente em apenas curto período da contratualidade.
>
> <u>O pagamento de adicional de periculosidade no percentual 30% está previsto em lei e, portanto, não é possível de ser reduzido via negociação coletiva - eis que se trata de direito mínimo - e a lei não distingue tempo de exposição ao risco. Além do que, a prova produzida não é no sentido de eventualidade dessa exposição, ao contrário, o laudo pericial não delimita o lapso temporal</u>. Ademais, o infortúnio não escolhe dia e nem hora, basta um momento! Portanto, não sendo exposição em caráter eventual e, ainda, por curtíssimo espaço de tempo, devido o adicional na integralidade!
>
> Vale frisar que o reconhecimento constitucional dos pactos coletivos não implica a chancela de qualquer disposição convencional, ou mesmo transação de quaisquer direitos previstos em prol do trabalhador, mormente no que diz respeito a direitos mínimos vinculado à segurança e saúde do trabalho. Não há, ademais, nenhuma vantagem compensatória claramente discernível em razão da redução do percentual incidente.
>
> Portanto, irregular o pagamento em percentual inferior a 30%, previsto legalmente.
>
> Mantenho." (págs. 238-239, grifou-se).

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Nas razões de recurso de revista, a reclamada sustenta que, conforme estabelecido no item II da Súmula nº 364 do TST, a fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, uma vez que foi pactuada mediante instrumento normativo. Assim, argumenta que o Tribunal *a quo* desrespeitou o princípio constitucional de observância obrigatória dos instrumentos normativos, previsto nos arts. 7º, inciso XXVI, da Constituição da República e 611 da CLT.

Razão não assiste à recorrente.

Verifica-se, da transcrição do acórdão de págs. 231-259, que o acordo coletivo em debate estabeleceu o pagamento de adicional de periculosidade em percentual inferior àquele previsto em lei.

No entanto, a possibilidade de estabelecimento de percentual proporcional ao tempo de exposição ao risco prevista no item II da Súmula nº 364 desta Corte não autoriza, por meio de negociação coletiva, o pagamento do adicional de periculosidade em percentual fixo e inferior ao legal (30%).

De fato, as condições de trabalho podem ser negociadas coletivamente pelos sindicatos representativos das categorias profissional e econômica, devendo ser dado amplo reconhecimento às convenções e aos acordos coletivos de trabalho decorrentes, por força de mandamento constitucional contido no artigo 7º, inciso XXVI, da CF/88.

No entanto, as negociações coletivas encontram limites nas garantias, direitos e princípios instituídos pela mesma Carta Magna, que são intangíveis à autonomia coletiva, como as normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador, que tutelam a vida e a saúde do empregado. Ou seja, se a Constituição da República assegura a todos os trabalhadores, no inciso XXII do mesmo artigo 7º, a existência de normas de saúde, higiene e segurança no trabalho capazes de reduzir os riscos inerentes à atividade laboral, as normas coletivas de trabalho decorrentes de negociação coletiva não podem, pura e simplesmente, eliminar ou reduzir os direitos previstos em lei ligados a essas matérias. Esta, aliás, foi a *ratio decidendi* dos vários precedentes que levaram

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

à edição da Orientação Jurisprudencial nº 342, item I, da SBDI-I desta Corte, *in verbis*:

> "INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE. (...) I - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva".

Neste contexto, considerando que o adicional de periculosidade também constitui direito vinculado à saúde e à segurança do trabalho, assegurado por norma de ordem pública, nos termos dos artigos 193, § 1º, da CLT e 7º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal, o direito ao seu pagamento integral (isto é, pelo percentual de 30% do valor mensal da base de cálculo salarial devida) não pode ser objeto de nenhuma redução ou limitação por negociação coletiva, diante do seu caráter indisponível.

Exatamente por isso, os Ministros componentes do Tribunal Pleno desta Corte, em decorrência dos debates realizados na denominada "Semana do TST", no período de 16 a 20/5/2011, decidiram, em sessão realizada no dia 24/5/2011 e por meio da Resolução nº 174, da mesma data (DJe de 27/5/2011, p. 17 e 18), cancelar o item II da Súmula nº 364, que permitia a possibilidade de fixação do adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos.

Desse modo, o reclamante faz jus ao pagamento do correspondente adicional nos exatos termos da lei, ou seja, à razão do percentual de 30% do valor salarial mensal legalmente fixado como sua base de cálculo.

No mesmo sentido, precedentes da SBDI-1 e da Segunda Turma desta Corte:

> "ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PROPORCIONALIDADE. ACORDO COLETIVO. RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA CONHECIDO E PROVIDO. ARTIGO 7º, INCISO XXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MÁ-APLICAÇÃO. Este Tribunal Superior,

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

modificando entendimento acerca da possibilidade de flexibilização do percentual relativo ao adicional de periculosidade pactuado em acordo ou convenção coletiva, cancelou o item II da Súmula nº 364, através da Resolução nº 174/2011. Portanto, nesta Corte, prevalece o entendimento de que os direitos relativos à saúde e segurança do trabalho, dentre dos quais se insere o adicional de periculosidade, advém de normas públicas imperativas e cogentes, cuja observância não pode ser objeto de negociação coletiva. Dessa forma, conforme previsão do artigo 193, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, o trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado o pagamento de adicional de trinta por cento sobre o salário, tratando-se de direito indisponível do trabalhador, não podendo ser pago tal como avençado pelas partes, ou seja, proporcionalmente ao tempo de exposição ao risco. Nesse sentido, precedentes desta SBDI1, pelo que ressalvo o meu ponto de vista. Recurso de embargos conhecido e provido." (RR - 801100-36.2002.5.16.0900, Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva, data do julgamento: 15/3/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: 23/3/2012)

"ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - PERCENTUAL MENOR FIXADO EM INSTRUMENTO COLETIVO - IMPOSSIBILIDADE. Embora tenha sido a intenção do legislador constituinte garantir a prevalência das convenções e acordos coletivos, não é possível reconhecer-se como válida a norma coletiva que se contrapõe à legislação atinente à segurança e saúde no trabalho, como é o caso do adicional de periculosidade. Cancelamento do item II da Súmula nº 364 desta Corte (Resolução nº 174, de 24/05/2011). Recurso de revista não conhecido." (RR-56000-17.2006.5.09.0072, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, data de julgamento: 31/8/2011, 2ª Turma, data de publicação: 9/9/2011)

"ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO DE PERCENTUAL INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. CANCELAMENTO DO ITEM II DA SÚMULA 364 DO TST. DECISÃO TURMÁRIA QUE CONHECE DO RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA POR CONTRARIEDADE A ITEM SUMULAR POSTERIORMENTE CANCELADO. O Tribunal Superior do Trabalho, em composição plenária, sessão realizada no dia 24 de maio de 2011, cancelou o item II da Súmula 364/TST e conferiu nova redação ao item I. Ora, o cancelamento do aludido item II, que expressamente autorizava a fixação, em norma coletiva, de adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, coaduna-se com o entendimento desta Corte de que a matéria relativa ao adicional de periculosidade insere-se na classe dos direitos indisponíveis do trabalhador, aqueles referentes à segurança, à saúde e à higiene no trabalho, já que possibilitam a preservação da higidez física e mental do empregado no

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

exercício diário das suas atividades. Tanto é assim, que o disciplinamento consolidado referente às atividades insalubres ou perigosas está nos artigos 189 a 197, Seção XIII, inserida no Capítulo V, que precisamente diz respeito à -SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO-. Nesse contexto, - assim como já direciona a OJ-SBDI1-TST-342 em relação ao intervalo intrajornada - é inválida cláusula de norma coletiva que reduz para aquém do percentual fixado em lei o adicional de periculosidade. Recurso de embargos conhecido e provido. Conclusão: Recurso de embargos parcialmente conhecido e provido." (E-ED-RR - 189500-07.2005.5.15.0022, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, data de julgamento: 4/8/2011, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: 19/8/2011)

"RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. PERICULOSIDADE. PAGAMENTO DO ADICIONAL DE FORMA PROPORCIONAL. FLEXIBILIZAÇÃO AUTORIZADA POR NORMA COLETIVA. POSSIBILIDADES E LIMITES. CONTRARIEDADE À SÚMULA 364, II/TST. NÃO-CONFIGURAÇÃO. Decorrendo o adicional de periculosidade de medida de saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (arts. 193, 1º, da CLT e 7º, XXII e XXIII, da CF), o direito ao seu pagamento torna-se absolutamente indisponível, não podendo ser flexibilizado por negociação coletiva, porquanto o seu caráter imperativo restringe o campo de atuação da vontade das partes. Havendo conflito de regras jurídicas a serem aplicadas numa determinada situação enfocada, predomina na seara trabalhista o seu princípio direcionador basilar, que melhor incorpora e expressa seu sentido teleológico constitutivo, que é da norma mais favorável ao trabalhador. Assim, as normas autônomas coletivas construídas para incidir sobre uma certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo jus trabalhista apenas quando implementarem um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável ou quando transacionarem, setorialmente, parcelas trabalhistas de indisponibilidade apenas relativa. No presente caso, a norma coletiva contempla o pagamento do adicional de periculosidade em percentuais variados e inferiores ao estabelecido em lei (30%), enquanto a legislação pertinente (art. 1º da Lei 7.369/85) afirma que quem permanecer habitualmente em área de risco perceberá o adicional sobre o salário da jornada de trabalho integral. Tratando-se, a regra legal, de norma francamente mais favorável ao trabalhador, não subsistem dúvidas acerca de sua prevalência sobre as normas coletivas que determinam a proporcionalidade do pagamento do adicional. Aliás, a tendência desta Corte Superior Trabalhista sempre foi a de conferir especial relevo às normas de higiene, saúde e segurança laborais, mesmo em face de normas coletivas negociadas, de que é exemplo a Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1, que considera inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva que contemple a supressão ou redução do intervalo intrajornada. Em razão disso,

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

o tipo jurídico restritivo de direitos contido na Súmula 364, II/TST deve ser interpretado também de forma restritiva, cabendo sua aplicação apenas naquelas hipóteses em que, mediante perícia técnica, fique demonstrado que o empregado não trabalhou em ambiente perigoso na integralidade da jornada contratual, podendo-se mensurar o tempo em que ele exerceu atividade em área de risco, como sugere o texto do próprio art. 2º, II, do Decreto 93.412/86, que, ao regulamentar a Lei 7.369/85, inovou ao introduzir o critério da proporcionalidade. No caso específico destes autos, não há como se aferir se a previsão contida na norma coletiva de pagamento proporcional pode ser validada, mormente porque o v. acórdão recorrido não consignou em que condições o trabalho foi prestado (se de forma contínua, intermitente ou eventual) e o efetivo tempo em que os Reclamantes se expuseram ao risco no ambiente laboral (Súmula 126/TST). Em suma: embora o art. 8° da Constituição de 1988 tenha assegurado aos trabalhadores e empregadores ampla liberdade sindical, com reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7°, inciso XXVI), não se pode, pela via da negociação coletiva, repita-se, suprimir ou transacionar direitos que garantem ao trabalhador o mínimo de proteção à sua saúde e à sua segurança, de inquestionável indisponibilidade absoluta. Recurso de revista conhecido e desprovido." (RR – 756528-37.2001.5.23.5555, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data DEJT 19/3/2010)

"(...) ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. REDUÇÃO DE PERCENTUAL. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO. PROPORCIONALIDADE DO TEMPO DE EXPOSIÇÃO NÃO VERIFICADA. Consagra a Súmula n.º 364 desta Corte superior a possibilidade de fixação do pagamento do adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, mediante acordos ou convenções coletivos de trabalho. A incidência do verbete em comento pressupõe, assim, o estabelecimento da proporcionalidade ao tempo de exposição à condição de risco - hipótese não verificada no caso dos autos. Recurso de embargos não conhecido." (E-RR-701794-68.2000.5.16.5555, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: 9/10/2009)

"ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. REDUÇÃO DO PERCENTUAL LEGAL ATRAVÉS DE NORMA COLETIVA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE HAJA PROPORCIONALIDADE ENTRE O PERCENTUAL AJUSTADO E O TEMPO DE EXPOSIÇÃO AO RISCO. SÚMULA N.º 364, II, DO TST. 1. A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que é possível a redução, mediante acordo ou convenção coletiva, do percentual legal previsto para o adicional de periculosidade; todavia, exige-se para tanto o estabelecimento de proporcionalidade entre o percentual ajustado e o tempo de exposição ao

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

risco. Súmula n.º 364, II. 2. No caso, não consta do acórdão recorrido nenhuma menção à existência da aludida proporcionalidade. Pelo contrário, infere-se do acórdão regional que o acordo coletivo estipulava o pagamento do adicional de periculosidade, no percentual de 4,29%, a todos os trabalhadores que exerciam as funções de instalador e auxiliar instalador de telefones, sem, contudo, considerar o tempo de exposição do obreiro ao agente periculoso. 3. Nesse contexto, mostra-se inviável a incidência da Súmula n.º 364, II, do TST . Precedentes. 4. Por outro lado, os arestos transcritos no recurso de revista não impulsionam o recurso de revista por divergência jurisprudencial, uma vez que todos eles admitem a fixação do adicional de periculosidade em percentual menor que o legal desde que haja proporcionalidade ao tempo de exposição ao risco, o que não ocorre na hipótese vertente. Recurso de revista não conhecido". (RR-69700-02.2007.5.09.0662, Relator Desembargador Convocado Flavio Portinho Sirangelo, 7ª Turma, DEJT 1°/10/2010)

"RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PROPORCIONALIDADE. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. Não há a possibilidade, mesmo em se tratando de negociação coletiva, de que sejam os percentuais do adicional de periculosidade meramente reduzidos, sem que se estipule claramente que a redução decorre do menor tempo de exposição ao fator de risco, respeitando-se, assim, a proporcionalidade. Recurso de Revista não conhecido". (RR-774400-42.2002.5.11.0001, Relator Ministro José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, 2ª Turma, DEJT 28/8/2009)

Dessa forma, considerando que a norma legal vigente assegura ao empregado exposto a condições perigosas o pagamento do adicional de periculosidade de 30% sobre o seu salário, o que não pode ser objeto de negociação coletiva, não há falar em violação dos arts. 7°, inciso XXVI, da Constituição da República e 611 da CLT.

Além disso, tendo sido cancelado o item II da Súmula n° 364 desta Corte, não é possível conhecer do apelo por contrariedade ao referido item desse verbete sumular.

Diante do exposto, **não conheço** do recurso de revista.

4. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. TRABALHO EXTERNO

CONHECIMENTO

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

O Regional manteve a sentença em que se deferiram ao autor as horas extras pretendidas, por trabalhar em atividade externa compatível com a fixação de jornada e efetivamente controlada pela reclamada.

Consignou, *in verbis*:

> "4. HORAS EXTRAS
>
> Sentença: "*entendo que a atividade do autor era passível de fiscalização e portanto sujeita limitação de jornada (...) Sendo possível a fiscalização, incumbia a reclamada efetivar e exibir os controles de jornada, não o fazendo parte-se da presunção de veracidade do declinado na inicial*" (fls. 669/verso e 670).
>
> Recurso: Pugna a recorrente pelo afastamento da condenação de horas extras, ante a aplicação do artigo 62, I, da CLT, bem como, sucessivamente, a não condenação de reflexos em DSR e que a base de cálculo seja o salário base (fls. 680/681).
>
> Sem razão.
>
> O ônus da prova quanto ao fato impeditivo do direito do reclamante (enquadramento do autor no art. 62, I, da CLT) incumbia ao empregador e deste encargo não se desincumbiu a contento.
>
> Frise-se que para se excluir o empregado do regime de duração da jornada é necessário que seja impossível controlar ou mesmo mensurar a jornada trabalhada, o que não ocorria no presente caso, dada a existência de controle indireto de jornada existente. Nesse sentido, tem-se o seguinte julgado:
>
> "TRABALHO EXTERNO - ART. 62, I, DA CLT - Para a configuração da regra constante no art. 62, I, da CLT, é necessário, além da anotação na CTPS e no registro de empregados da condição de empregado externo, a impossibilidade de fiscalização da jornada de trabalho pelo empregador. Note-se: Não é a ausência de fiscalização que atrai o enquadramento jurídico excepcional, mas sim a real impossibilidade de controle do horário de trabalho do empregado. Todavia, é do empregador o ônus probatório de que o empregado exercia atividades externas e não estava sujeito ao controle de jornada, por ter invocado norma de exceção como óbice ao direito a horas extras (art. 818 da CLT e 331 do CPC). (TRT 9ª R. - Proc. 02445-2002-019-09-00-0 -(11886-2004) - Rel. Juiz Celio Horst Waldraff - DJPR 11.06.2004)
>
> Da prova oral não é possível extrair a conclusão pela impossibilidade de controle de jornada. Ao contrário, a testemunha arrolada pela parte autora (Marcelo - fl. 612) relatou que havia a obrigação de entrar em contato com um supervisor durante o dia.
>
> Nota-se, ainda do depoimento das testemunhas, a afirmação de que o reclamante fazia uso da denominada "URA", retirando e encerrando serviços

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

através desse sistema. Ora, tal sistema revela-se também como mais um dos mecanismos que possibilitam a fiscalização do cumprimento da jornada.

A testemunha Marcelo ressaltou que "no sistema URA fica registrado quanto tempo demorou cada atendimento", enquanto a testemunha Cláudio (fl. 613) relatou que "*no sistema URA fica registrada a hora em que o serviço é iniciado e finalizado*" ou seja, possibilitando o controle sobre o término de cada serviço e, portanto, da jornada.

Em conseqüência, porque a ré não procedeu ao controle de jornada de seu empregado, em hipótese em que estava obrigada por lei para tanto, amolda-se à situação o entendimento constante da Súmula n.º 338 do C. TST, que na omissão injustificada do empregador de juntar aos autos os controles de jornada, autoriza o reconhecimento da veracidade dos horários apontados na peça inicial.

No que toca ao pleito sucessivo, melhor sorte não assiste à reclamada.

Quanto à base de cálculo, não deve ser limitada ao salário base, nos termos da Súmula 264 do TST.

E no que concerne aos reflexos, nos termos da Lei 605/49, art. 7o, "a" e das Súmulas 172/TST (Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas. Ex-prejulgado nº 52) e 376, II/TST (II - O valor das horas extras habitualmente prestadas integra o cálculo dos haveres trabalhistas, independentemente da limitação prevista no caput do art. 59 da CLT), as horas extras habituais (caso dos autos) geram reflexos em repouso remunerado.

Mantenho." (págs. 240-242- grifou-se)

Nas razões de revista, a reclamada afirma que o autor não se desincumbiu do ônus da comprovar que trabalhava externamente e sem controle de horário.

Aponta violação do artigo 62, inciso I, da CLT e transcreve arestos ao cotejo de teses.

Sem razão.

A Corte *a quo* foi enfática ao afirmar que, da prova oral produzida, extrai-se o efetivo controle de jornada: "Da prova oral não é possível extrair a conclusão pela impossibilidade de controle de jornada. Ao contrário, a testemunha arrolada pela parte autora (Marcelo - fl. 612) relatou que havia a obrigação de entrar em contato com um supervisor durante o dia" (pág. 241).

Nesses termos, o Regional, com base na prova testemunhal, concluiu que o reclamante estava sujeito ao controle de jornada de trabalho, não se enquadrando na exceção prevista do artigo 62, inciso I, da CLT. Assim, somente com a alteração do quadro fático-probatório delineado nos autos, seria possível modificar a

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

decisão recorrida, incidindo na espécie a aplicação da Súmula nº 126 do TST.

Fica afastada, portanto, a violação do artigo 62, inciso I, da CLT.

Os arestos transcritos são inespecíficos, ante a ausência da identidade fática exigida na Súmula nº 296, item I, do TST. *In casu*, a Corte regional concluiu que, pela prova testemunhal, ficou demonstrada a existência de controle de horário, hipótese fática não tratada nos modelos colacionados.

Não conheço.

5. INTERVALO INTRAJORNADA. FRUIÇÃO PARCIAL. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DO ADICIONAL DE SOBREJORNADA OU PERÍODO FALTANTE NÃO USUFRUÍDO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO À HORA INTERVALAR INTEGRAL ACRESCIDA DO MENCIONADO ADICIONAL. NATUREZA SALARIAL DA PARCELA. REFLEXOS

CONHECIMENTO

O Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário do reclamante para acrescer à condenação o pagamento de uma hora extra por dia de trabalho pela inobservância do intervalo intrajornada, com os respectivos reflexos, consignando a seguinte fundamentação:

> "INTERVALO INTRAJORNADA
>
> Sentença: *'Indefiro o pagamento da hora integral, eis que não há como se comparar o comportamento do empregador que nada concede a título de intervalo, daquele que o faz de forma proporcional, eis que, ainda que não ideal, foi permitido ao reclamante algum descanso, possibilitando a recomposição parcial das suas energias (aplicação do princípio da igualdade visto de forma substancial).Acolho nestes termos.' (fls. 670).*
>
> Recurso: Alega o recorrente que face a ilegalidade da redução do intervalo intrajornada, faz jus ao recebimento da totalidade do tempo legalmete previsto como hora extra. (fls. 722/723/724).
>
> Com razão.
>
> No que concerne ao pagamento da hora integral do período suprimido, esta Egrégia 2.ª Turma reviu seu posicionamento anterior, revisão com

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

relação à qual ressalvo posicionamento pessoal diverso, de forma a passar a deferir o pagamento integral do intervalo intrajornada quando infringido, ainda que suprimido em parte.

Tal decisão se fundamenta, segundo o entendimento majoritário desta Egrégia 2.ª Turma, na Orientação Jurisprudencial n.º 307, da SDI-1, do C. TST, que dispõe:

"Após a edição da lei n.º 8.923/94, a não-concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho."

No mesmo sentido as seguintes decisões proferidas pelos Tribunais Pátrios:

"INTERVALO INTRAJORNADA - GOZO PARCIAL - PAGAMENTO TOTAL - O intervalo intrajornada constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71, caput, da CLT e art. 7º, XXII, da CF/88). Assim, o intervalo destinado à refeição e ao descanso deve ser integralmente usufruído. A ausência de gozo ou a concessão parcial do intervalo acarreta o pagamento total do período correspondente, como extra, e não apenas o tempo restante. (TRT 3ª R. - RO 00058-2004-043-03-00-7 - 4ª T. - Rel. Juiz Luiz Otavio Linhares Renault - DJMG 04.09.2004 - p. 05)"

"INTERVALO INTRAJORNADA - NÃO CONCESSÃO TOTAL OU PARCIAL - INDENIZAÇÃO DE 50% SOBRE A HORA NORMAL - DEVIDA INTEGRALMENTE - A não concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, ao reclamante, que cumpria jornada diária média de trabalho superior a 7 horas, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo , 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT e OJ 307 SDI-i do TST). (TRT 18ª R. - RO 01904-2002-004-18-00-0 - Rel. Juiz Luiz Francisco Guedes de Amorim - DJGO 31.10.2003)"

Dessa forma, é devido o pagamento integral do período correspondente ao intervalo intrajornada, ainda que parcialmente suprimido.

Reformo, condenar a reclamada a 1 (uma) hora extra, por dia laborado, em decorrência da violação ao intervalo intrajornada, nos mesmos parâmetros deferidos na origem." (págs. 249-251)

No recurso de revista, a Brasil Telecom sustenta que o intervalo intrajornada de 1 (uma) hora foi usufruído integralmente. De outra parte, caso assim não se entenda, alega que a infração do intervalo mínimo não acarreta o pagamento de uma hora extra de forma integral, mas apenas do respectivo adicional de 50%, conforme divergência jurisprudencial colacionada. Indica afronta aos artigos 611 da CLT e 7°,

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

inciso XXVI, da Constituição Federal contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 307 da SBDI-1.

Inicialmente, ressalta-se que a Corte regional, soberana na análise do conjunto fático-probatório, concluiu que não havia concessão do intervalo intrajornada de 1 (uma) hora.

Assim, para que esta Corte superior possa decidir de forma diversa e, consequentemente, reconhecer a concessão integral do referido intervalo, como pretende a reclamada, seria necessário o reexame de fatos e provas dos autos, procedimento, contudo, inviável nesta instância de natureza extraordinária, ante o óbice da Súmula nº 126 do TST.

Ademais, discute-se, na hipótese dos autos, se a concessão parcial do intervalo intrajornada gera direito ao pagamento, como hora extra, do período total correspondente ao período mínimo fixado em lei ou apenas do adicional de 50%, ou mesmo apenas do período faltante não usufruído, bem como se essa parcela repercute no cálculo das demais verbas de natureza salarial.

O artigo 71 da CLT dispõe ser obrigatória a concessão de intervalo mínimo de uma hora para refeição e descanso quando a jornada de trabalho exceder de seis horas.

O parágrafo 4º do referido artigo 71, por sua vez, estabelece o pagamento do período concernente ao intervalo não concedido, com o acréscimo de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do valor da hora normal de trabalho.

Vale salientar que esse dispositivo da CLT constitui regra de caráter imperativo e cogente, cuja observância não pode ser transigida, nem mesmo por intermédio de convenções ou acordos coletivos do trabalho, que são a expressão máxima de autonomia da vontade das partes, constituindo, ainda, fonte formal do Direito do Trabalho.

Assim, o intervalo mínimo estabelecido em lei para refeição e descanso é direito indisponível, concernente à saúde física e mental do trabalhador, do qual não podem dispor as partes a nenhum pretexto.

Está sedimentado, nesta Corte, o entendimento de que, desde o advento da Lei nº 8.923/94, a não concessão de intervalo para

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

repouso e alimentação impõe a obrigação de pagamento do período referente ao intervalo não concedido, acrescido do adicional de hora extra, não havendo inferir-se que o direito se limitaria apenas ao tempo remanescente para integralizar o mínimo fixado em lei.

Nesse sentido, também já se firmou a jurisprudência desta Corte, conforme pode constatar-se da redação da Súmula nº 437, item I, do TST (antiga Orientação Jurisprudencial nº 307 da SBDI-1), *in verbis*:

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

Assim, ao contrário do que sustenta a reclamada, o intervalo intrajornada concedido parcialmente deve ser pago com uma indenização que corresponda ao período total respectivo, com acréscimo de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do valor da remuneração da hora normal de trabalho, não se verificando, portanto, violação do § 4º do artigo 71 da CLT.

Além disso, não mais se discute acerca da natureza jurídica da verba prevista no artigo 71, § 4º, da CLT e sua repercussão nas demais parcelas de natureza salarial, visto que se encontra pacificado, no âmbito desta Corte, o entendimento de que a referida parcela possui natureza salarial, repercutindo no cálculo das demais verbas salariais.

É o que dispõe a Orientação Jurisprudencial nº 354 da SBDI-1 do TST, convertida na Súmula nº 437, item III, do TST:

> "Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais".

Diante das considerações expostas, fica evidente que o posicionamento adotado pelo TRT de origem está em consonância com o

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

entendimento jurisprudencial sedimentado nesta Corte, consubstanciado na Súmula nº 437, itens I e II (antigas Orientações Jurisprudenciais nºs 307 e 354 da SBDI-1), razão pela qual também não há falar em divergência jurisprudencial, nos termos do artigo 896, § 7º, da CLT e da Súmula nº 333 desta Corte.

Do exposto, **não conheço** do recurso de revista.

6. INTERVALO PREVISTO NO ARTIGO 384 DA CLT PARA AS EMPREGADAS MULHERES

I - CONHECIMENTO

O Regional deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante, no aspecto, mediante os seguintes fundamentos:

> "**HORAS EXTRAS**
>
> **Sentença:** O Juízo Monocrático rejeitou a pretensão à condenação pela não concessão do intervalo previsto no art. 384 da CLT (fl. 670).
>
> **Recurso:** Pugna a reforma da sentença (fls. 724/725).
>
> **Com razão.**
>
> Quanto ao artigo 384 da CLT, o mesmo prevê, para a mulher, o direito a intervalo mínimo de quinze minutos antes do início de jornada extraordinária (Art. 384. Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho).
>
> Inicialmente, ressalvo que meu posicionamento originário era no sentido de que a norma ora invocada não foi recepcionada pelo texto constitucional vigente. Ora, a regra do art. 384 celetário não subsiste na ordem constitucional instituída pela Carta Magna de 1988, que assegurou, em seu artigo 5.º, I, direitos iguais entre homens e mulheres indistintamente.
>
> Ressalte-se nesse mesmo diapasão a lição de Sérgio Pinto Martins:
>
> O preceito em comentário conflita com o inciso I do artigo 5º da Constituição, em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Quanto à mulher, tal preceito mostra-se discriminatório, pois o empregador pode preferir a contratação de homens, em vez de mulheres, para o caso de prorrogação do horário normal, pois não precisará conceder o intervalo de 15 minutos para prorrogar a jornada de trabalho da mulher. (Comentários à CLT, 8a. ed., SP, Atlas, 2004).
>
> Todavia, por força da decisão plenária do C. TST (IIN-RR-1540/2005-046-12-00-5), reformulei meu entendimento, passando

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

a considerar o cabimento do intervalo do art. 384 da CLT, exclusivamente para a mulher.

Cito, por oportuno, os fundamentos expostos na ementa do Ministro Ives Gandra Martins Filho no julgamento do incidente de inconstitucionalidade 1540/2005-046-12-00-5, publicada em 13/02/2009:

(...)

Contudo, curvo-me ao entendimento majoritário desta E. Turma a qual estende o direito ao intervalo em comento também para trabalhadores homens, em homenagem ao princípio da isonomia.

Cito precedente turmário (03196-2007-012-09-00-0, publicado em 20-03-2009, Rel. Rosemarie Pimpão):

Alterando posicionamento anterior a respeito do tema, esta E. Turma, passou a entender que diante do princípio constitucional da isonomia mostra-se imperioso se estender aos homens o mesmo direito reconhecido às mulheres previsto no artigo 384 da CLT, norma que deve ser aplicada de forma indistinta, visando a higidez física e mental do empregado, sem exigir-lhe trabalho contínuo, mostrando-se razoável sua ampliação a todos os trabalhadores.

[...]

Nesta linha, considerando uma interpretação sistemática e analógica, tem-se que o artigo 384 da CLT em cotejo com o disposto nos artigos 59, 61 e 71, parágrafo 1º, da CLT, no sentido de que o intervalo de 15 minutos para descanso entre a jornada normal e a extraordinária seja devido em todos os casos de prorrogação de serviço de qualquer trabalhador, seja mulher ou homem.

Reformo, para condenar a reclamada ao pagamento de 15 minutos como extras, com reflexos, em todos os dias em que o autor tiver prestado sobrelabor.

Os parâmetros de apuração e os reflexos são os mesmos já fixados em sentença para as demais horas extras (fl. 269-verso/270).” (págs. 251-254)

Nas razões de revista, a reclamada sustenta que o autor não faz jus ao intervalo previsto no artigo 384 da CLT, por ser específico para as empregadas mulheres e tendo em vista a ausência de trabalho em sobrejornada. Indica violação dos arts. 5°, *caput* e inciso I, da Constituição Federal e 384 da CLT. Transcreve arestos para confronto de teses.

Razão lhe assiste.

Esta Corte, por meio do julgamento do TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, ocorrido na sessão do Pleno do dia

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

17/11/2008, decidiu que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição da República.

A propósito, passa-se à transcrição da ementa do mencionado incidente de inconstitucionalidade:

> "MULHER - INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT EM FACE DO ART. 5º, I, DA CF.
>
> 1. O art. 384 da CLT impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher. Pretende-se sua não recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres decantada pela Carta Política de 1988 (art. 5º, I), como conquista feminina no campo jurídico.
>
> 2. A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres. Analisando o art. 384 da CLT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade (cfr. Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1 do TST).
>
> 3. O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (CF, art. 201, § 7º, I e II). A própria diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade (CF, art. 7º, XVIII e XIX; ADCT, art. 10, § 1º) deixa claro que o desgaste físico efetivo é da maternidade. A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses finais da gestação, a um desgaste físico cada vez maior, o que justifica o tratamento diferenciado em termos de jornada de trabalho e período de descanso.
>
> 4. Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas a dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher.
>
> 5. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista rejeitado." (IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, Tribunal Pleno, DJ 13/2/2009)

Citam-se, ainda, decisões proferidas posteriormente ao julgamento do incidente de inconstitucionalidade, no âmbito desta Corte:

"(...) INTERVALO PREVISTO NO ARTIGO 384 DA CLT. Esta Corte, por meio do julgamento do TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, ocorrido na sessão do Pleno do dia 17/11/2008, decidiu que o artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição da República. Nesse contexto, observa-se que o autor, do sexo masculino, não tem direito ao intervalo intrajornada previsto no artigo 384 da CLT. Recurso de revista conhecido e desprovido" (RR-362-45.2010.5.12.0049, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, data de julgamento: 21/11/2012, 2ª Turma, data de publicação: 30/11/2012)

"RECURSO DE REVISTA INTERVALO DO ART. 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. O Tribunal Pleno desta Corte, no julgamento do TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, em 17/11/2008, decidiu que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição da República. São, assim, devidas horas extras pela não-concessão do intervalo nele previsto." (TST-RR-17291/2000-015-09-00, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 15/6/2009)

"PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER. INTERVALO PREVISTO NO ARTIGO 384 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. 1. Muito embora a Constituição da República de 1988 assegure a homens e mulheres igualdade de direitos e obrigações perante a lei, como consagrado em seu artigo 5º, inciso I, daí não resulta a proibição de que as peculiaridades biológicas e sociais que os caracterizam sejam contempladas na lei. Uma vez evidenciado que a submissão de homens e mulheres a determinadas condições desfavoráveis de trabalho repercute de forma mais gravosa sobre uns do que sobre outros, não apenas se justifica, mas se impõe o tratamento diferenciado, como forma de combater o *discrímen*. Tal é o entendimento que se extrai do artigo 5, (2), da Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho, sobre Discriminação no

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Emprego e Ocupação, ratificada pelo Brasil em 1965. 2. Não há incompatibilidade entre a atual ordem constitucional e o preceito insculpido no artigo 384 da CLT, que continua em pleno vigor. Tem direito, assim, a mulher, a 15 minutos de intervalo entre o término da sua jornada contratual e o início do trabalho em sobrejornada. 3. Recurso de revista conhecido e provido." (TST-RR-20198/2005-013-09-00, 1ª Turma, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, DJ 12/6/2009)

"I- RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. HORA EXTRA DA TRABALHADORA INTERVALO DO ART. 384 DA CLT. A jurisprudência prevalente na Corte é no sentido de que a disposição contida no art. 384 da CLT foi recepcionada pela Constituição Federal, com fundamento no fato de que os homens e mulheres, embora iguais em direitos e obrigações, se distinguem em alguns aspectos, sobretudo nos que se relacionam à sua identidade fisiológica, merecendo a mulher tratamento diferenciado em face de determinadas situações em que se exige um desgaste físico mais intenso, como na hipótese de realização de trabalho extraordinário. Recurso de revista a que se dá provimento." (TST-RR-3339/2000-069-09-00, 5ª Turma, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, DJ 12/6/2009)

Nesse contexto, observa-se que o autor, do sexo masculino, não tem direito ao intervalo intrajornada previsto no artigo 384 da CLT.

Diante do exposto, **conheço** do recurso de revista por violação de dispositivo legal.

II – MÉRITO

Em face do conhecimento do recurso por violação do art. 384 da CLT, o seu provimento é medida que se impõe.

Diante do exposto, **dou provimento** ao recurso de revista para excluir da condenação o pagamento do intervalo previsto no art. 384 da CLT.

7.COMPENSAÇÃO DE VALORES PAGOS. NÃO LIMITAÇÃO AO MÊS DE COMPETÊNCIA DO FATO GERADOR DA PARCELA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N° 415 DA SBDI-1 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

PROCESSO Nº TST-RR-1003400-80.2009.5.09.0012

I - CONHECIMENTO

Eis os fundamentos da decisão regional:

> "ABATIMENTO/COMPENSAÇÃO
> Sentença: Deferiu-se abatimento de algumas verbas no sistema mensal (fls. 667 e ss.).
> Recurso: Alega a recorrente que a compensação deve ser realizada sobre o total, e não mês a mês, sob pena de enriquecimento ilícito do autor (fl. 682).
> Sem razão.
> O abatimento de valores pagos somente pode ser efetuado no respectivo mês em que as diferenças objeto da condenação forem apuradas. Se em dado mês o empregador remunerou horas extras, por exemplo, em valor superior ao devido, ainda que a título de complemento de labor suplementar realizado em outros meses, salvo se houver discriminação expressa nesse sentido, este fato não pode ter qualquer repercussão para efeito de diminuição do crédito de diverso período.
> Tem-se que, neste caso, houve pagamento a mero título de liberalidade, sendo que a utilização de critério diverso criaria risco de complessividade salarial.
> Mantenho." (págs. 244-245)

A reclamada alega que a compensação é devida sobre o valor total da condenação, nos termos da jurisprudência que colaciona.

No único modelo transcrito à pág. 305, registra-se tese – contrária àquela contida no acórdão regional -, no sentido de que "não há amparo legal para que essa compensação seja seja realizada mês a mês".

Conheço do recurso de revista por divergência jurisprudencial.

II - MÉRITO

Cinge-se a controvérsia em saber se a compensação das verbas quitadas deve ser efetuada "mês a mês", conforme entendeu o Regional, ou pela totalidade dos créditos, independentemente do mês de pagamento, como defende a reclamada.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Especificamente quanto ao tema das horas extras, a SBDI-1 desta Corte, com ressalva do posicionamento pessoal em contrário do Relator, pacificou o entendimento de que o abatimento das horas extras já pagas não se limita ao mês da apuração, devendo ser integral, aferido pelo total das horas extras quitadas durante o período imprescrito do contrato de trabalho, conforme se extrai o teor da Orientação Jurisprudencial nº 415 da SBDI-1 do TST, *in verbis*:

> "415. HORAS EXTRAS. RECONHECIMENTO EM JUÍZO. CRITÉRIO DE DEDUÇÃO/ABATIMENTO DOS VALORES COMPROVADAMENTE PAGOS NO CURSO DO CONTRATO DE TRABALHO. (DEJT DIVULGADO EM 14, 15 E 16.02.2012)
>
> A dedução das horas extras comprovadamente pagas daquelas reconhecidas em juízo não pode ser limitada ao mês de apuração, devendo ser integral e aferida pelo total das horas extraordinárias quitadas durante o período imprescrito do contrato de trabalho."

Dessa forma, o abatimento de valores efetivamente pagos pelo empregador a título de horas extraordinárias deve ser efetuado pela totalidade dos créditos, independentemente do mês de pagamento e ainda que o seu pagamento tenha ocorrido em momento posterior ao mês em que foram prestadas.

O mesmo raciocínio se aplica, por analogia, às demais verbas postuladas na demanda, sob pena de incorrer em enriquecimento ilícito do reclamante, na forma prevista no art. 884 do Código Civil.

Neste sentido os seguinte precedentes desta 2ª Turma:

> "COMPENSAÇÃO DE VALORES PAGOS. NÃO LIMITAÇÃO AO MÊS DE COMPETÊNCIA DO FATO GERADOR DA PARCELA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 415 DA SBDI-1 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Especificamente quanto ao tema das horas extras, a SBDI-1 desta Corte, com ressalva do posicionamento pessoal em contrário do Relator, pacificou o entendimento de que o abatimento das horas extras já pagas não se limita ao mês da apuração, devendo ser integral, aferido pelo total das horas extras quitadas durante o período imprescrito do contrato de trabalho, conforme se extrai o teor da Orientação Jurisprudencial nº 415 da SBDI-1 do TST: -A dedução das horas extras comprovadamente pagas daquelas reconhecidas em juízo não pode ser limitada ao mês de apuração, devendo ser integral e aferida pelo total das horas extraordinárias quitadas durante o período

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

imprescrito do contrato de trabalho.- Dessa forma, o abatimento de valores efetivamente pagos pelo empregador a título de horas extraordinárias deve ser efetuado pela totalidade dos créditos, independentemente do mês de pagamento e ainda que o seu pagamento tenha ocorrido em momento posterior ao mês em que foram prestadas. O mesmo raciocínio se aplica, por analogia, às demais verbas postuladas na demanda, sob pena de incorrer em enriquecimento ilícito do reclamante, na forma prevista no art. 884 do Código Civil. Recurso de revista conhecido e provido." (Processo: RR - 531900-70.2008.5.09.0071, data de julgamento: 12/3/2014, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, data de publicação: DEJT 21/3/2014)

Diante do exposto, **dou provimento**, ressalvado o entendimento pessoal do Relator, ao recurso de revista para determinar que a compensação das horas extras e demais parcelas observe o total das horas extraordinárias quitadas durante o período imprescrito do contrato de trabalho.

8. DESCONTOS FISCAIS. MEDIDA PROVISÓRIA N° 497/2010, CONVERTIDA NA LEI N° 12.350, DE 21/12/2010, QUE ACRESCENTA O ARTIGO 12-A NA LEI N° 7.713/1988 E DETERMINA A UTILIZAÇÃO DO CRITÉRIO MENSAL PARA O CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA. NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA N° 368, ITEM II, DO TST.

CONHECIMENTO

O Tribunal *a quo* determinou que os descontos fiscais observem o regime de competência, pelo critério mês a mês.

Eis os fundamentos do acórdão:

"8. DESCONTOS FISCAIS

Sentença: "*Os desconstos previdenciários e fiscais deverão ser feitos mês a mês*" (fl. 671v).

Recurso: Afirma a segunda ré que o critério correto sobre os descontos fiscais é o de uma só vez, requerendo a reforma nesse sentido (fl. 682).

Sem razão.

Conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, os descontos fiscais incidentes sobre valores pagos acumuladamente, situação na qual se incluem os rendimentos decorrentes de decisão judicial, devem obedecer às tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referirem tais

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

rendimentos, ou seja, adoção do regime de competência (mês a mês) ao invés do regime de caixa (de forma englobada):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. IMPORTÂNCIAS PAGAS EM DECORRÊNCIA DE SENTENÇA TRABALHISTA. RENDIMENTOS ACUMULADOS. ALÍQUOTA APLICÁVEL. APURAÇÃO MENSAL. DECISÃO MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA EM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. No caso de rendimentos pagos acumuladamente em cumprimento de decisão judicial, a incidência do imposto ocorre no mês de recebimento, como dispõe o art. 12 da Lei 7.713/88, mas o cálculo do imposto deverá considerar os meses a que se referirem os rendimentos. 2. A decisão monocrática ora agravada baseou-se em jurisprudência do STJ, razão pela qual não merece reforma. 3. Agravo regimental não provido. AgRg no Ag 941489 (2007/0179932-3 - 16/04/2009) - MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, Relator

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. VALORES PAGOS ACUMULADAMENTE. CÁLCULO DO IMPOSTO. TABELAS E ALÍQUOTAS PRÓPRIAS DA ÉPOCA A QUE SE REFEREM OS RENDIMENTOS. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NAS 1ª E 2ª TURMAS. RECURSO DESPROVIDO. REsp 752274 (2005/0083080-0 - 04/02/2009) - MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, Relator

O artigo 12 da Lei 7.713/88 (Art. 12. No caso de rendimentos recebidos acumuladamente, o imposto incidirá, no mês do recebimento ou crédito, sobre o total dos rendimentos, diminuídos do valor das despesas com ação judicial necessárias ao seu recebimento, inclusive de advogados, se tiverem sido pagas pelo contribuinte, sem indenização) disciplina apenas o momento de incidência do imposto de renda e não o modo de cálculo.

A respaldar o entendimento jurisprudencial, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editou o Ato Declaratório 1/20009, publicado no Diário Oficial da União, Seção 1, em 14/05/09:

ATO DECLARATÓRIO Nº 1, DE 27 DE MARÇO DE 2009

O PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da competência legal que lhe foi conferida, nos termos do inciso II do art. 19, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, tendo em vista a aprovação do Parecer PGFN/CRJ/Nº 287/2009, desta Procuradoria- Geral da Fazenda Nacional, pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, conforme despacho publicado no DOU de 13/05/2009, DECLARA que fica autorizada a dispensa de interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante:

"nas ações judiciais que visem obter a declaração de que, no cálculo do imposto renda incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, <u>devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que</u>

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

se referem tais rendimentos, devendo o cálculo ser mensal e não global. (grifo nosso)

Assim, em atenção aos princípios constitucionais da capacidade contributiva (Art. 145, § 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte), da progressividade (Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: [...] III - renda e proventos de qualquer natureza; [...] § 2º. O imposto previsto no inciso III: [...] § 2º. será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;), da isonomia (Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] II. instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos); deve ser aplicada a tabela progressiva, observando-se as alíquotas e os limites de isenção vigentes à época do vencimento da verba inadimplida.

Ainda, a incidência de descontos fiscais pelo regime de caixa ocasionaria enriquecimento sem causa ao Fisco, pois o contribuinte sofreria tributação mesmo em situações nas quais, se a reclamada tivesse considerado a época própria, o reclamante estaria isento (em face do teto legal mínimo de incidência) ou obrigado ao recolhimento de valor inferior.

Em resumo: os descontos fiscais devem ser apurados pelo regime de competência (mês a mês), conforme as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referirem os rendimentos.

Rejeito." (págs. 245-248, grifou-se)

Nas razões de recurso de revista, a reclamada alega contrariedade à Súmula nº 368, item II, e à Orientação Jurisprudencial nº 363 da SBDI-1, ambas do Tribunal Superior do Trabalho. Além disso, indica violação dos arts. 5º, inciso II, e 114 da Constituição Federal e 46 da Lei nº 8.541/92 e 43 da Lei nº 8.620/93 e transcreve arestos para confronto de teses jurisprudenciais.

Razão não assiste à recorrente.

De fato, a Súmula nº 368, item II, do TST, que trata da matéria em debate, dispõe sobre o critério de apuração do imposto de renda, nos seguintes termos:

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

> "É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo incidir, em relação aos descontos fiscais, sobre o valor total da condenação, referente às parcelas tributáveis, calculado ao final, nos termos da Lei nº 8.541, de 23.12.1992, art. 46 e Provimento da CGJT nº 01/1996. (ex-OJs nºs 32 e 228 da SBDI-1 - inseridas, respectivamente, em 14.03.1994 e 20.06.2001)".

Todavia, o critério de apuração do imposto de renda sobre as decisões judiciais foi modificado pela Medida Provisória n° 497/2010, convertida na Lei n° 12.350, de 21/12/2010, que acrescentou o artigo 12-A à Lei n° 7.713/1988, nos seguintes termos:

> "Art. 44. A Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 12-A:
>
> "Art. 12-A. Os rendimentos do trabalho e os provenientes de aposentadoria, pensão, transferência para a reserva remunerada ou reforma, pagos pela Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando correspondentes a anos-calendários anteriores ao do recebimento, serão tributados exclusivamente na fonte, no mês do recebimento ou crédito, em separado dos demais rendimentos recebidos no mês.
>
> § 1º O imposto será retido pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento ou pela instituição financeira depositária do crédito e calculado sobre o montante dos rendimentos pagos, mediante a utilização de tabela progressiva resultante da multiplicação da quantidade de meses a que se refiram os rendimentos pelos valores constantes da tabela progressiva mensal correspondente ao mês do recebimento ou crédito.
>
> § 9º A Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinará o disposto neste artigo." (grifou-se).

Com base no exposto, a Receita Federal editou a Instrução Normativa n° 1.127, de 8/2/2011, que regulamenta o artigo 12-A da Lei n° 7.713/88, determinando, assim, a utilização do critério mensal para o cálculo do imposto de renda.

Como os descontos fiscais são regidos pela lei vigente, na data em que eles são efetuados, evidentemente se aplica ao caso o referido diploma legal. Não se trata, pois, de aplicação retroativa da lei vigente à época.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Assim, em face do advento da legislação mencionada, o Tribunal Pleno desta Corte, em sessão realizada em 16/4/2012, alterou a redação do item II da Súmula nº 368 desta Corte, nos seguintes termos:

> "É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo ser calculadas, em relação à incidência dos descontos fiscais, mês a mês, nos termos do art. 12-A da Lei nº 7.713, de 22/12/1988".

Portanto, a decisão regional, em que se determinou que os descontos fiscais fossem feitos mês a mês, harmoniza-se com a citada súmula, motivo pelo qual o apelo não alcança conhecimento ante o óbice do § 5º do art. 896 da CLT.

Pelo exposto, **não conheço** do recurso de revista.

8. MULTA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS

CONHECIMENTO

Eis o teor do acórdão regional pelo qual foram apreciados os embargos de declaração interpostos pela reclamada:

> "**6. MULTA - EMBARGOS PROTELATÓRIOS**
>
> Conforme visto, a insurgência patronal não logrou apontar qualquer omissão, contradição ou obscuridade que justificasse a interposição dos embargos de declaração. Da mesma forma, não se vislumbra dos embargos tese jurídica que desafie prequestionamento.
>
> Salta aos olhos, assim, o caráter nitidamente protelatório da medida recursal adotada pela parte, manifesta e notoriamente inidônea e inadequada para os fins pretendidos, meramente procrastinando o andamento do feito, desafiando manifestação judicial despropositada.
>
> Incide, na hipótese, o disposto no art. 538, parágrafo único, do CPC, que reza:
>
> Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de um por cento sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até dez por cento, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

> **Assim, condeno a embargante ao pagamento de multa no importe de 1% sobre o valor da causa, nos termos do art. 538, parágrafo único do CPC.**" (págs. 280-281, destacou-se)

Nos embargos de declaração, a Corte regional condenou a embargante ao pagamento da multa de 1% sobre o valor da causa, prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, por considera-los protelatório.

Nas razões de revista, a reclamada questiona a imposição de multa por embargos de declaração protelatórios e por litigância de má-fé, ao argumento de que foram interpostos com a finalidade de prequestionar a matéria.

Nesse contexto, alega que a imposição de multa afronta os arts. 17, 18 e 538, parágrafo único, do CPC.

Sem razão a reclamada, ora recorrente.

Consoante se extrai dos termos da decisão referente aos embargos de declaração interpostos ao acórdão do julgamento do recurso ordinário, ao fundamento de que os referidos embargos tiveram índole protelatória, a Corte regional condenou o reclamado ao pagamento da multa de 1% sobre o valor da causa.

Assim, inicialmente, ressalta-se que não houve condenação por litigância de má-fé, conforme alegado pela recorrente, motivo pelo qual a controvérsia não será apreciada sob esse enfoque.

O artigo 538, parágrafo único, do CPC prevê a aplicação de multa à parte apenas quando apresentar embargos de declaração com o intuito manifestamente protelatório.

Na hipótese dos autos, os embargos de declaração apresentados pela reclamada objetivaram a manifestação da Corte regional sobre argumentos tidos como expressamente apresentados em seu recurso ordinário que, ao entendimento da parte, seriam relevantes ao deslinde da controvérsia e que foram desconsiderados por aquela Corte.

Na hipótese, verifica-se que o Regional analisou exaustivamente os temas tratados nos embargos de declaração, não se verificando, portanto, omissões no julgado.

Logo, não havia necessidade de interposição dos embargos de declaração, sendo, em consequência, devida a multa.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Assim, não se verifica a violação do artigo 538, parágrafo único, do CPC.

Diante do exposto, **não conheço** do recurso de revista.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista quanto ao tema "Intervalo Previsto no Artigo 384 da CLT para as Empregadas Mulheres" por violação do art. 384 da CLT e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento do intervalo previsto no art. 384 da CLT; conhecer do recurso de revista quanto ao tema relativo "Compensação de Valores Pagos. Não Limitação ao Mês de Competência do Fato Gerador da Parcela. Aplicação Analógica da Orientação Jurisprudencial nº 415 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho" por divergência jurisprudencial e, no mérito, ressalvado o entendimento pessoal do Relator, dar-lhe provimento para determinar que a compensação das horas extras e demais parcelas observe o total das verbas quitadas durante o período imprescrito do contrato de trabalho; e não conhecer do recurso quanto aos demais temas.

Brasília, 10 de junho de 2015.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)
JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA
Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000F294CD033707A0.

Firmado por assinatura digital em 18/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.