



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

A C Ó R D ã O
(Ac. 3ª Turma)
GMALB/aao/scm/AB/wbs

I - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. 1. DIFERENÇAS DO FGTS. ÔNUS DA PROVA. Compete ao empregador provar a correção dos depósitos para o FGTS. Recurso de revista conhecido e provido. **2. RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. IRREGULARIDADE NO RECOLHIMENTO DO FGTS.** A retenção indevida de parcelas recolhidas ao FGTS é motivo suficiente para o reconhecimento da rescisão indireta, haja vista a prática de falta grave perpetrada pelo empregador. Recurso de revista conhecido e provido. **3. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. CONFIGURAÇÃO.** O recurso de revista se concentra na avaliação do direito posto em discussão. Assim, em tal via, já não são revolidos fatos e provas, campo em que remanesce soberana a instância regional. Diante de tal peculiaridade, o deslinde do apelo considerará, apenas, a realidade que o acórdão atacado revelar. Esta é a inteligência da Súmula 126 do TST. Recurso de revista não conhecido. **4. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO.** Na Justiça do Trabalho, os pressupostos para deferimento dos honorários advocatícios, previstos no art. 14 da Lei n° 5.584/70, são cumulativos, sendo necessário que o trabalhador esteja representado pelo sindicato da categoria profissional e, ainda, que perceba salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou, recebendo maior salário, comprove situação econômica que não lhe permita demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. Ausente a assistência sindical, desmerecido o benefício. Recurso de revista não conhecido. **II - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. 1.**



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. 1.1. Na dicção da Súmula Vinculante n° 4 do Supremo Tribunal Federal, "salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial". 1.2. Combatida a Súmula 228 desta Casa, a Corte Maior decidiu "que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou de convenção coletiva" (Medida Cautelar em Reclamação Constitucional n° 6.266/DF, Ministro Gilmar Mendes). Não há outra senda possível ao trânsito, sendo esta a solução que o caso evoca. Recurso de revista conhecido e provido.

2. HORAS "IN ITINERE". DEFINIÇÃO DA DURAÇÃO DO TRAJETO EM NORMA COLETIVA EM 50% DO TEMPO EFETIVAMENTE DESPENDIDO PELO TRABALHADOR - RAZOABILIDADE - POSSIBILIDADE. 2.1. Não há dúvidas de que o art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal chancela a relevância que o Direito do Trabalho empresta à negociação coletiva. 2.2. Por outra face, quando da edição da Lei n° 10.243/2001, que acresceu ao art. 58 da CLT o § 2º, a remuneração das horas "in itinere" foi incluída entre as garantias mínimas asseguradas aos trabalhadores. 2.3. Em regra - e a experiência o confirma -, a definição da duração do tempo gasto em percurso exige nem sempre tranquilas provas e pesquisas. Por outro lado, também não serão uniformes os valores devidos a todos os trabalhadores que se desloquem em tais circunstâncias. 2.4. Atenta a esse cenário, esta Corte havia firmado entendimento no sentido de que, convido às categorias interessadas,

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1000F4E4569817055B.



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

dentro da dialética inerente ao conglobamento, estabelecer duração única para a apuração de horas "in itinere", desta forma devidas a todo o universo de trabalhadores alcançados, nenhum ilícito remanescerá, resguardado que permanece o direito à percepção da parcela. 2.5. No entanto, a Eg. SBDI-1 do TST tem-se posicionado pela viabilidade da limitação das horas de percurso por meio de norma coletiva, desde que resguardados a razoabilidade do quanto ajustado e o equilíbrio entre o pactuado e a realidade fática. 2.6. Nessa esteira, a estipulação do tempo gasto pelo trabalhador, no trajeto até o trabalho e no retorno ao lar, há de observar critérios de razoabilidade, sob pena de, a pretexto de se negociar direitos dos trabalhadores, retirar-se-lhes aqueles que compõem as garantias mínimas já outorgadas, o que não se tolerará. Com efeito, não há como se cancelar a supressão de direito definido em Lei, pela via da negociação coletiva. 2.7. Na hipótese dos autos, não há como se invalidar a cláusula normativa que fixa em 50% o tempo efetivamente gasto pelo empregado no trajeto para alcançar o seu posto de trabalho e em seu retorno para casa. Nesse contexto, o ajuste realizado guarda feições de negociação da duração do trajeto por meio de norma coletiva, e não de supressão do direito dos trabalhadores. Recurso de revista conhecido e provido. **3. INTERVALO INTRAJORNADA.** Demonstrada, por meio da prova testemunhal, a irregularidade dos registros do intervalo nos controles de ponto, imperativa a condenação ao pagamento pertinente. Recurso de revista não conhecido.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1000F4E4569817055B.



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-867-94.2012.5.09.0325**, em que são Recorrentes **ADÃO MATEUS PEREIRA e SABARÁLCOOL S.A. - AÇÚCAR E ÁLCOOL** e Recorridos **OS MESMOS**.

O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, pelo acórdão de fls. 637/691, complementado pelo de fls. 703/705, proferido em sede de embargos declaratórios, deu provimento parcial ao recurso ordinário do reclamante e negou provimento ao apelo da reclamada.

Inconformadas, as partes interpuseram recursos de revista, com base no art. 896, "a" e "c", da CLT (fls. 707/725 e 726/740).

Os apelos foram admitidos pelo despacho de fls. 746/751.

Contrarrazões a fls. 753/759.

Os autos não foram encaminhados ao d. Ministério Público do Trabalho (RI/TST, art. 83).

É o relatório.

V O T O

I - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE.

Tempestivo o apelo (fls. 706/707) e regular a representação (fl. 14), estão presentes os pressupostos genéricos de admissibilidade.

1 - DIFERENÇAS DO FGTS. ÔNUS DA PROVA.

1.1 - CONHECIMENTO.

O Tribunal Regional, no particular, negou provimento ao apelo autoral, nos seguintes moldes:

“Análise conjunta com o tópico de mesmo nome do recurso ordinário da parte ré, ante a identidade das matérias.

Decidiu o julgador primeiro:

FGTS



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

O empregador deve depositar a importância de 8% sobre a remuneração paga ou devida ao trabalhador, mensalmente, nos termos do artigo 15 da Lei nº 8.036/90.

Quanto a indenização de 40% do FGTS, a mesma não é devida, haja vista que o contrato de trabalho sub judice continua vigente. Quanto ao FGTS incidente sobre as verbas salariais pagas durante o período contratual sub judice, o reclamante não apontou eventual ausência ou insuficiência dos depósitos, ônus que lhe incumbia, por tratar-se de fato constitutivo de seu direito, rejeito o pedido.

Sobre as verbas de natureza salarial deferidas, os reflexos no FGTS, já foram deferidos nos itens antecedentes, quando devidos.

Argumenta o autor que : "ao alegar fato extintivo das pretensões que lhe foram dirigidas, o regular recolhimento das parcelas do FGTS, a reclamada atraiu o ônus da prova, ônus do qual não se desincumbiu, pois não juntou os recibos respectivos"; "é da empresa o ônus de comprovar ter recolhido corretamente o FGTS devido à autora ao longo da contratualidade"; requer reforma no sentido de condenar a ré ao pagamento de diferenças do FGTS.

A parte ré, por sua vez, aduz que: "a r. sentença entendeu por bem em determinar o pagamento de FGTS sobre as verbas deferidas a título de horas extras. Ocorre que, primeiramente, referidas horas extraordinárias são indevidas. Assim requer seja reformada a r. sentença."

Inicialmente cabe asseverar que o FGTS deferido sobre horas extras é devido, por ser verba acessória de outra de natureza salarial. Entretanto, a questão relacionada às horas extraordinárias será analisada em tópico próprio.

Por outra via, pertence ao empregado o ônus da prova dos depósitos fundiários e da existência de diferenças do FGTS, por ter livre acesso aos extratos da conta vinculada. Logo, não tendo o demandante colacionado os extratos respectivos, nem tampouco apontado diferenças, impõe-se a manutenção da sentença, no particular.

Com efeito, incumbia ao recorrente o ônus de demonstrar as diferenças a título de FGTS, por ser fato constitutivo de seu direito (art. 818 da CLT c/c



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

333, I, do CPC), ônus do qual não se desincumbiu. Nada a prover, portanto” (fls. 660/661).

Insurge-se o reclamante, ao argumento de que era da reclamada o ônus da prova quanto aos depósitos do FGTS. Indica violação dos arts. 333, II, do CPC, 818 da CLT e 17 da Lei n° 8.036/90 e oferece arestos ao confronto de teses.

Com o cancelamento da OJ n° 301 da SBDI-1/TST, o entendimento desta Corte está consolidado no sentido de que, cabendo ao empregador o recolhimento do FGTS, compete a ele também demonstrar a regularidade dos depósitos efetuados.

Isso porque, conforme dispõe o art. 17 da Lei n° 8.036/90, “os empregadores se obrigam a comunicar mensalmente aos trabalhadores os valores recolhidos ao FGTS e repassar-lhes todas as informações sobre suas contas vinculadas recebidas da Caixa Econômica Federal ou dos bancos depositários”.

Tratando-se de prova eminentemente documental e estando os comprovantes dos recolhimentos para o FGTS em poder do empregador, cabe a ele demonstrar a regularidade dos depósitos. Exigir-se do empregado a prova em tal sentido seria, nas palavras de Estêvão Mallet (*in* Discriminação e processo do trabalho. Revista do TST. Rio de Janeiro. V. 65, n.1, p. 148-159, out/dez 1999, p. 154), “impedir ou dificultar excessivamente o acesso à justiça, privando de tutela o direito”.

Ainda nesse sentido, transcrevo as observações do eminente jurista sobre o tema:

“Assim, as regras relativas ao ônus da prova, para que não constituam obstáculo à tutela processual dos direitos, hão de levar em conta sempre as possibilidades, reais e concretas, que tem cada litigante de demonstrar suas alegações, de tal modo que recaia esse ônus não necessariamente sobre a parte que alega, mas sobre a que se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária à solução do litígio, inclusive com inversão do ônus da prova. Com isso, as dificuldades para a produção da prova, existentes no plano do direito material e decorrentes da desigual posição das partes litigantes, não são transpostas para o processo, ficando facilitado



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

inclusive o esclarecimento da verdade e a tutela de situações que de outro modo provavelmente não encontrariam proteção adequada”.

Reporto-me, ainda, aos seguintes precedentes:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. DIFERENÇAS DO FGTS. REGULARIDADE DO RECOLHIMENTO DOS DEPÓSITOS NA CONTA VINCULADA. ÔNUS DA PROVA. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, diante da configuração de divergência jurisprudencial, dá-se provimento ao agravo de instrumento para análise do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. DIFERENÇAS DO FGTS. REGULARIDADE DO RECOLHIMENTO DOS DEPÓSITOS NA CONTA VINCULADA. ÔNUS DA PROVA. Esta Corte Superior, ao promover debates entre os seus Ministros com o intuito de adequar a sua jurisprudência em temas relevantes, na semana compreendida entre 16/05/2011 e 20/05/2011, com publicação dos resultados em 24/05/2011, no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, cancelou a OJ 301/SBDI-1/TST (Resolução nº 175), impondo-se, assim, o entendimento de que é do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS. Ademais, o fato extintivo (pagamento) é ônus probatório do devedor (art. 333, II, CPC). Recurso de revista conhecido e provido” (TST-RR-1241-27.2012.5.02.0254, Ac. 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 10.10.2014).

“RECURSO DE REVISTA. DIFERENÇAS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA. Não obstante o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 301 da SBDI-1, o Tribunal Superior do Trabalho tem adotado o entendimento de que, em se tratando de pedido de diferenças de FGTS, é do empregador o ônus de provar a inexistência de diferenças, porquanto é da empresa a obrigação legal de efetuar os recolhimentos dos valores relativos ao FGTS na conta vinculada do empregado. Precedentes. Recurso de revista não conhecido” (TST-RR-5952-63.2011.5.12.0050, Ac. 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 5.9.2014).



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

“RECURSO DE REVISTA. DEPÓSITOS DO FGTS. ÔNUS DA PROVA. O FGTS, cuja responsabilidade pelo recolhimento é do empregador no curso da relação de emprego, dá a ele a guarda, inclusive de documentos que seriam comuns, como, por exemplo, guias de recolhimento da parcela mensal e da relação completa de empregados (RE) correspondente e específica. Se assim é, à reclamada incumbe o ônus da prova quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, a teor dos arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC. Não o fazendo, como no caso dos autos, deve ser condenada ao pagamento dos depósitos do FGTS a serem apuradas em época própria. Recurso de revista conhecido e provido. (...)” (TST-RR-185-35.2013.5.09.0025, Ac. 6ª Turma, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 10.10.2014).

“DIFERENÇAS DO FGTS. ÔNUS DA PROVA. A questão alusiva à distribuição do ônus da prova na hipótese de pedido de diferenças do FGTS foi objeto de recente debate nesta Corte uniformizadora. Concluiu o Tribunal Superior do Trabalho, em sua composição plenária, que, em face do princípio da aptidão para a prova, cabe ao empregador o ônus de comprovar a regular quitação das contribuições devidas ao FGTS. Por esse motivo, resultou cancelada a Orientação Jurisprudencial n.º 301 da SBDI-I desta Corte superior, consoante Resolução n.º 175/2011, publicada no DEJT dos dias 27, 30 e 31/05/2011. Recurso de revista conhecido e provido” (TST-RR-738-42.2011.5.02.0318, Ac. 1ª Turma, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, DEJT 26.9.2014).

“FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. A teor do art. 818 da CLT, a prova das alegações incumbe à parte que as fizer, e, nos termos do art. 333 do CPC, incumbe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito (inc. I) e ao réu o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor (inc. II). Dessa forma, tendo a reclamada alegado o correto recolhimento dos valores relativos ao FGTS, sustentou fato extintivo do direito alegado pela reclamante, atraindo para si o ônus da prova, nos termos do art. 333, inc. II, do CPC. Note-se que, com o cancelamento da Orientação Jurisprudencial



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

301 da SDI-1, esta Corte tem adotado o entendimento de que, em se tratando de pedido de diferenças de FGTS, é do reclamado o ônus da prova da inexistência de diferenças, uma vez que é do empregador a obrigação legal de efetuar os recolhimentos dos valores relativos ao FGTS na conta vinculada do empregado. Precedentes. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento” (TST-E-RR-117800-10.1998.5.02.0464, Ac. SBDI-1, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, DEJT 14.12.2012).

Por conseguinte, não subsiste o fundamento de que incumbe ao empregado o ônus de demonstrar a existência de diferenças de FGTS.

Nesse contexto, o Regional, ao manter a sentença de origem, imputando ao autor o ônus de comprovar diferenças de FGTS, incorreu em potencial violação do art. 818 da CLT.

Conheço do recurso de revista.

1.2 - MÉRITO.

Conhecido o recurso de revista, por violação do art. 818 da CLT, o seu provimento é medida que se impõe, para condenar a reclamada ao pagamento de diferenças de FGTS, a serem apuradas em liquidação de sentença.

**2 - RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO.
IRREGULARIDADE NO RECOLHIMENTO DO FGTS.**

2.1 - CONHECIMENTO.

Eis os termos do acórdão:

“Sobre a questão, assim decidiu a origem:

RESCISÃO INDIRETA

O reclamante formula pedido de declaração de rescisão indireta do contrato de emprego mantido com a reclamada, alegando como fundamentos o labor em extensa jornada de trabalho sem o pagamento de horas extras, salário muito baixo e exposição a poeira, calor e fuligem da cana queimada, bem como a ausência



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

de depósitos do FGTS em sua conta vinculada. Assim, com base no art. 483 da CLT, requer o reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho, bem como a condenação da reclamada no pagamento das verbas rescisórias e demais direitos que elenca nas letras de "a" a "g" de fls. 04/05 da exordial.

A reclamada nega as assertivas do reclamante, consoante os motivos que expõe na peça de defesa.

O rompimento do contrato de trabalho através de rescisão indireta deve decorrer do cometimento de falta efetivamente grave por parte do empregador, a ponto de causar prejuízos para o empregado, tornando a continuidade do vínculo empregatício inviabilizada. Também devem estar presentes a imediatidade e a vinculação dos fatos, entre o ato faltoso (causa) e a despedida indireta (efeito).

Neste caso, pode o trabalhador optar, nos termos do § 3º do art. 843 da CLT, entre permanecer laborando até o final da ação que visa ao reconhecimento judicial da justa causa ou se afastar do emprego tão logo ajuizada a ação. Nesta última hipótese, entretanto, assume o risco de sua decisão.

No caso, o reclamante, cautelosamente, optou por permanecer trabalhando até o final da ação.

Pois bem.

A questão relativa à existência de verbas trabalhistas devidas e não pagas ainda será objeto de análise em itens subsequentes nesta sentença. Assim, caso reste constatado nos autos o não pagamento ou o pagamento incorreto de verbas trabalhistas devidas, tal direito será devidamente assegurado ao obreiro, não consistindo, por isso, motivo para a rescisão indireta do contrato de trabalho, pois se mostram desproporcionais. Ademais, referidas faltas, segundo o reclamante, ocorreram durante todo o contrato de trabalho o que denota ausência de imediatidade.

Ora, se os fatos invocados no exórdio realmente fossem prejudiciais ao reclamante, este não permaneceria trabalhando para a reclamada, na mesma função por mais de doze anos, para somente após, vir em juízo alegar que está sendo prejudicado.



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

Neste sentido é a jurisprudência:

"RESCISÃO INDIRETA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. FALTA NÃO REVESTIDA DE GRAVIDADE. A falta do empregador que reclama o empregado a pleitear a declaração de rescisão indireta deve revestir-se de gravidade. Essa gravidade somente se caracteriza quando a conduta praticada causa prejuízo manifesto ao empregado, a ponto de tornar intolerável a continuidade do vínculo empregatício. Tratando-se, como na hipótese dos autos, de inexecução contratual passível de ser reparada pela via judicial, esse fator obsta que se reconheça a existência de justa causa ensejadora da resolução contratual. Recurso não provido. [...]" (TRT da 23ª Região, Processo nº RO 00663.2011.036.23.00-0, Relator(a): DESEMBARGADOR JOÃO CARLOS, Julgamento: 04/07/2012, Órgão Julgador: 2ª Turma, Publicação: 05/07/2012)

Ante o exposto, rejeito o pedido de reconhecimento de rescisão indireta e por consequência, indefiro os pedidos de condenação da reclamada no pagamento de aviso prévio indenizado e suas projeções, da multa de 40% do FGTS e de liberação das guias para percepção do benefício do seguro desemprego bem como de liberação do FGTS.

Insurge-se a parte autora para alegar, em resumo, que: "não deve prevalecer o pedido de demissão, uma vez que provado nos autos as péssimas condições de trabalho"; "Basta uma simples análise dos autos para verificar-se que a empresa não fazia corretamente o depósito do FGTS na conta do autor, o que levou o mesmo a exercer um direito legal de rescindir o seu contrato de trabalho."; "provado nos autos que o autor não era remunerado de forma correta, uma justo motivo para a rescisão do contrato de labor"; "verifica-se nos presentes autos a prática de falta grave pelo empregador capaz de tornar insustentável a continuidade da relação empregatícia entre as partes"; "Não podemos aceitar como possível forçar um trabalhador a continuar laborando sem o pagamento correto de verbas trabalhistas básicas, tal como horas extras, adicional de insalubridade e ainda o FGTS"; "DIANTE DA PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS, NÃO HÁ COMO ENTENDER QUE O PEDIDO DE DEMISSÃO FOI TOMADO DE



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

FORMA LIVRE E CONSCIENTE, SOB PENA DE TUTELAR OS ATOS ILÍCITOS QUE FORAM COMETIDOS PELA EMPRESA. (destaque original)"; "Já quanto ao pedido de danos morais, não há dúvidas que existe a presunção de dano moral quando um reclamado ciente da doença grave e das péssimas condições de trabalho, cruza os braços a fim de forçar um pedido de demissão". Requer a reforma para que seja declarado como sendo "sem justa causa" o motivo da rescisão, determinando o pagamento das verbas rescisórias daí oriundas, bem como condenar a parte ré a pagar indenização por danos morais, nos moldes iniciais.

Destaque-se, inicialmente, que inova o recorrente quando argumenta sobre "danos morais" e "doença grave", vez que na peça vestibular nada há sobre tais matérias. Ademais, há controvérsias sobre horas extras, adicional de insalubridade e depósitos de FGTS no presente caso, o que não enseja indenização por danos morais e tampouco motivo para a rescisão indireta, mas sim deferimento ou não dos pleitos.

Por outro vértice, a rescisão indireta é a resolução contratual por ato culposo do empregador. Os motivos que lhe dão ensejo são aqueles arrolados no artigo 483 da CLT.

Outrossim, ao considerar o empregado insustentável a continuidade do vínculo empregatício em razão de infrações cometidas pelo seu empregador, deve propor ação trabalhista informando os fundamentos fáticos e jurídicos de sua pretensão e formulando pleito resolutório do contrato, sendo que, regra geral, apenas a partir do aforamento da demanda está autorizado a se afastar do emprego (artigo 483, § 3º, da CLT).

Isso porque o obreiro não dispõe de poderes fiscalizatórios e disciplinares no âmbito do vínculo empregatício que lhe propiciem meios eficazes para a insurgência contra a justa causa empresarial, restando-lhe apenas a via judicial para a resolução do contrato.

De qualquer sorte, o empregado pode optar, nos termos do § 3º do art. 483, entre permanecer laborando até o final da ação que visa ao reconhecimento judicial da justa causa ou se afastar do emprego tão logo ajuizada a ação, assumindo, obviamente, o risco de sua decisão, no sentido de não conseguir carrear aos autos a prova esperada, muitas vezes testemunhal, tão imprevisível.



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

No caso em comento, diferentemente das razões recursais apresentadas, não houve rescisão contratual até a presente data, não se cogitando falar, assim, em conversão de pedido de demissão, vez que não existiu, em demissão "sem justa causa".

A teor do que dispõe o art. 333 do CPC e 818 da CLT, o ônus da prova de tal fato, qual seja, de que o empregador teria cometido falta grave, pertence ao reclamante.

Da análise da prova oral (fls. 374/376), bem como da prova documental colacionada ao caderno processual, verifica-se que não transpareceu nenhum fato controvertido ensejador da rescisão indireta pleiteada, já que os pontos controversos e mencionados nas razões recursais foram, repiso, horas extras, adicional de insalubridade e diferenças de FGTS.

Destarte, sem argumentação consistente que leve ao entendimento de que poderia o obreiro suscitar a rescisão indireta, entende-se que nada há a ser reformado quanto ao aspecto.

Mantém-se" (fls. 639/643).

O reclamante alega que a irregularidade de depósitos de FGTS autoriza o reconhecimento de rescisão indireta. Indica violação dos arts. 483, "d", e 818 da CLT, 333 do CPC e 7º, XXII, da Constituição Federal. Colaciona arestos.

O paradigma de fl. 717, oriundo da 3ª Região, enseja o conhecimento do recurso, por divergência jurisprudencial, ao sufragar tese oposta à defendida pelo Regional, no sentido de que a irregularidade do recolhimento dos depósitos do FGTS é suficiente para ensejar a rescisão indireta do contrato de trabalho.

Conheço do recurso, por divergência jurisprudencial.

2.2 - MÉRITO.

Discute-se, nos autos, se a ausência de recolhimento do FGTS constituiria falta grave do empregador, apta a dar ensejo à rescisão indireta do contrato de trabalho.

Nos termos do art. 483, "d", da CLT, o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando o empregador não cumprir suas obrigações contratuais.



PROCESSO Nº TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

O Tribunal Regional concluiu que a irregularidade no recolhimento do FGTS não constitui falta do empregador apta a ensejar o rompimento indireto do vínculo empregatício.

A existência de irregularidades no recolhimento do FGTS impossibilita que o empregado movimente livremente a conta vinculada na constância do contrato de trabalho, causando-lhe graves prejuízos, na medida em que lhe retira efetiva garantia contra despedida imotivada, bem como inviabiliza compra de imóvel, tratamentos de moléstias graves, etc.

A retenção indevida das parcelas recolhidas ao FGTS é motivo suficiente para o reconhecimento da rescisão indireta, haja vista que se figura como verdadeira falta grave.

Nessa esteira, os seguintes precedentes:

“B) AGRADO DE INSTRUMENTO DA RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA. RESCISÃO INDIRETA. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO FGTS DURANTE O PACTO LABORAL. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896, da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor análise da arguição de violação do artigo 483, "d", da CLT, suscitada no recurso de revista. Agravo de instrumento provido. C) RECURSO DE REVISTA. RESCISÃO INDIRETA. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO FGTS DURANTE O PACTO LABORAL. Em conformidade com a jurisprudência desta Corte, o descumprimento de obrigação essencial do contrato de trabalho, tal como a ausência de regularidade no recolhimento dos depósitos do FGTS, consubstancia justificativa suficientemente grave para configurar a justa causa, por culpa do empregador, a ensejar a rescisão indireta do pacto laboral, nos termos do artigo 483, "d", da CLT. Recurso de revista conhecido e provido” (ARR - 1575-09.2011.5.04.0006, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 10.4.2015).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE TRABALHO. RESCISÃO INDIRETA. DEPÓSITOS DO FGTS. AUSÊNCIA DE REGULARIDADE. É pacífico o entendimento



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

desta c. Corte, segundo o qual a ausência de regularidade nos depósitos do FGTS, consubstancia justificativa suficientemente grave para configurar a justa causa por culpa do empregador, a ensejar a rescisão indireta do pacto laboral, nos termos do artigo 483, "d", da CLT. Agravo de Instrumento conhecido e desprovido" (AIRR - 977-43.2012.5.01.0058, Relatora Desembargadora Convocada Vania Maria da Rocha Abensur, 3ª Turma, DEJT 22.5.2015).

“[...] RESCISÃO INDIRETA. OMISSÃO PATRONAL NO RECOLHIMENTO DOS DEPÓSITOS DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. 1. O recolhimento do FGTS configura obrigação de caráter social, transcendendo os limites do mero interesse individual do empregado. Tal circunstância revela a gravidade da conduta do empregador que, ao deixar de recolher as contribuições devidas ao FGTS, lesa, a um só tempo, o trabalhador - credor do direito da obrigação de natureza trabalhista, o Estado - também credor da obrigação por sua natureza parafiscal e, em última análise, toda a sociedade - beneficiária dos projetos sociais (com destaque para aqueles de natureza habitacional) custeados com recursos oriundos do Fundo. 3. A conduta do empregador caracteriza, assim, o fato tipificado na alínea d do artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho, justificadora da rescisão indireta do contrato de emprego. Precedentes desta Corte superior. 4. Recurso de revista conhecido e provido” (RR - 389-25.2010.5.09.0562, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, DEJT 29.5.2015).

“RECURSO DE REVISTA. RESCISÃO INDIRETA. AUSÊNCIA DE DEPÓSITO DE FGTS. PRECEDENTES. A mora no adimplemento de parcelas alimentares reveste-se de excepcional gravidade, pois fere de morte a dignidade do trabalhador, que delas depende para garantir seu sustento e de sua família. Qualquer verba devida ao trabalhador deve ser paga até a data de vencimento, para que ele possa honrar seus compromissos e garantir sua sobrevivência e de sua família. Assim, autoriza-se a rescisão indireta do contrato de trabalho, nos termos do art. 483, "d", da CLT. Aliás, a atual, iterativa e notória jurisprudência desta Corte Superior também caminha nesse sentido, conforme demonstram os precedentes colacionados. Recurso



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

de revista conhecido e provido” (RR - 88-04.2011.5.01.0421, Relator Desembargador Convocado Cláudio Armando Couce de Menezes, 2ª Turma, DEJT 29.5.2015).

“RECURSO DE REVISTA. RESCISÃO INDIRETA. IRREGULARIDADES NO RECOLHIMENTO DO FGTS. O Tribunal Regional registrou que o reclamado deixou de proceder aos recolhimentos das parcelas do FGTS de alguns meses dos anos de 2010 e 2011 e de janeiro de 2012. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a ausência de recolhimento dos depósitos do FGTS, ou seu recolhimento irregular, configura ato faltoso do empregador suficientemente grave para ensejar a rescisão indireta do contrato de trabalho, nos termos da alínea "d" do artigo 483 da CLT. Recurso de revista conhecido e provido” (RR - 152-60.2012.5.01.0071, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, 5ª Turma, DEJT 22.5.2015).

“RESCISÃO INDIRETA. RECOLHIMENTO IRREGULAR DO FGTS. CABIMENTO. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o descumprimento de obrigações essenciais ao emprego, como é o caso dos depósitos do FGTS, enseja rescisão indireta do contrato de trabalho, nos termos do art. 483, d, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento” (RR - 1595-90.2011.5.01.0003, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT 22.5.2015).

“[...] RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE - RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO - FALTA GRAVE DO EMPREGADOR - AUSÊNCIA DOS DEPÓSITOS DO FGTS. Para a possibilidade de rescisão indireta do contrato de trabalho é necessária a ocorrência de falta grave cometida pelo empregador, apta a ensejar o rompimento contratual por justo motivo por parte do empregado. A rescisão indireta deve ser reconhecida diante de irregularidade contratual substancial prevista no art. 483 da CLT que impeça a continuidade da relação empregatícia. Nos termos do art. 483, "d", da CLT, o descumprimento de obrigações contratuais e legais pelo empregador, no caso, a ausência reiterada dos depósitos do FGTS, deve ser considerada falta grave,



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

autorizando a rescisão indireta do contrato de trabalho, com o pagamento das verbas rescisórias correlatas. Recurso de revista conhecido e provido” (RR - 1722-67.2010.5.09.0091, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, DEJT 4.5.2015).

“RECURSO DE REVISTA. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N° 13.015/14. RESCISÃO INDIRETA. IRREGULARIDADE NO RECOLHIMENTO DE FGTS. A jurisprudência desta Corte se posiciona no sentido de que irregularidade no recolhimento dos depósitos do FGTS por parte do empregador configura ato faltoso, de gravidade suficiente a ensejar a rescisão indireta, com fundamento no art. 483, "d", da CLT, não havendo, ainda, falar em ausência de imediatidade, por se tratar de princípio não oponível ao obreiro, em razão de sua hipossuficiência. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido” (RR - 256-85.2014.5.12.0003, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 29.5.2015).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de revista, para, reconhecendo a rescisão indireta do contrato de trabalho, nos termos do art. 483, “d”, da CLT, condenar a reclamada ao pagamento das parcelas inerentes a essa modalidade de dissolução contratual, conforme pleiteado na inicial, a serem apuradas em liquidação de sentença, à exceção da indenização por dano moral, tendo em vista que a simples ausência de depósito do FGTS não autoriza o deferimento da indenização pretendida.

3 - TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO.
CONFIGURAÇÃO.

3.1 - CONHECIMENTO.

Assim está posto o acórdão:

“Análise conjunta com o tópico "horas extras - intervalo - reflexos" do recurso ordinário da parte ré, ante a identidade das matérias.

Registrou o julgador primeiro:

HORAS EXTRAS E REFLEXOS



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

O reclamante afirma que ao longo do contrato de emprego com a reclamada trabalhava das 15h20min às 23h/00h, sem intervalo intrajornada, em escala 5x1 (cinco dias de trabalho e um de descanso). Requer a condenação da reclamada no pagamento das horas extras excedentes da 6a hora diária ou 36a hora semanal, alegando que trabalhava em turnos ininterruptos de revezamento. A reclamada alega que o reclamante laborava "7h00min as 15h20min, das 23h28min as 07h10min, das 15h50min as 23h54min, 07h30min as 15h50min e das 15h20min às 23h28min, com intervalo de 1h00mim para descanso/refeição, com uma folga semanal remunerada". Juntou cartões ponto de fls. 118/182, como prova pré-constituída da jornada laboral obreira.

Ao prestar depoimento pessoal o reclamante expressamente reconheceu a correção dos horários de início e término da jornada constantes dos cartões de ponto, discordando apenas do intervalo intrajornada.

Registro, ainda, que o reclamante não impugnou os cartões de ponto no que diz respeito à frequência.

Diante do exposto, reconheço a validade dos cartões ponto como prova pré-constituída válida e eficaz da frequência e dos horários de início e término da jornada do reclamante.

Quanto à alegação de labor em turnos ininterruptos de revezamento, não assiste razão ao reclamante.

Nos termos do artigo 7º, inciso XIV, da CF/88, a jornada será de seis horas diárias para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

A norma inscrita no artigo 7º, inciso XIV, da Constituição Federal, busca resguardar a saúde do empregado atrelado a turnos ininterruptos de revezamento, que trabalhe, alternadamente, durante o dia e durante a noite, assim tendo comprometidos não só o seu ciclo biológico, mas a possibilidade de convívio social e familiar. São irrecusáveis, ainda, na situação, os prejuízos na organização das atividades particulares e o desgaste do trabalhador, pela falta regular do repouso noturno.



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

O TST pacificou entendimento no sentido de que caracteriza turno ininterrupto de revezamento o trabalho exercido em sistema de alternância de turnos, ainda que em dois turnos de trabalho, que compreendam, no todo ou em parte, o horário diurno e o noturno, pois submete o trabalhador à alternância de horário prejudicial à saúde, sendo irrelevante que a atividade da empresa se desenvolva de forma ininterrupta, nos termos da OJ n° 360 da SBDI-1.

A jurisprudência acena no sentido de que somente caracteriza turno ininterrupto de revezamento a alternância de horários de trabalho de forma continuada e simultânea, durante o dia e durante a noite, ou seja, tal alternância deve ser semanal, quinzenal ou pelo menos mensal, pois somente em tal situação expõe o trabalhador a maior desgaste físico e mental do que os demais trabalhadores, além de comprometer seu ciclo biológico e a possibilidade de convívio social e familiar.

No caso dos autos, os controles de jornada acostados (fls. 118/182) demonstram que o reclamante não trabalhou em turnos ininterruptos de revezamento, haja vista a inexistência de alternância constante de horários que abrangessem as 24 horas do dia.

Também observo é que o reclamante trabalhou no mesmo turno durante vários meses, de modo que as alternâncias de jornada de trabalho, diurnas e noturnas, ocorreram com um número considerável de meses de intervalo entre uma e outra.

Portanto, o reclamante faz jus apenas as horas extras excedentes de 8 horas diárias e 44 semanais, se demonstrado o labor além de tais limites.

Com relação ao intervalo intrajornada, em seu depoimento o reclamante primeiramente afirmou que não era usufruído e, na sequência, disse que "nos períodos de entressafra (dezembro a fevereiro/março) trabalhava no plantio e em outras atividades, também a céu aberto, períodos em que havia alteração no horário de trabalho, começando na roça às 7h e parando às 15h20min, com 1h de intervalo".



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

Quanto aos períodos de safra, assim considerados os meses de abril a novembro de cada ano, a testemunha de indicação obreira afirmou que não havia a fruição de intervalo, ao passo que a testemunha arrolada pela ré admitiu que "este dependia do serviço que lhes era repassado, sendo que perguntado pelo Juízo se presenciou o reclamante usufruindo de intervalo, afirmou ter visto, mas que o período de fruição dependia muito, conforme se expressa, variando de 30min a 1h, sendo que questionado a respeito de qual horário prevalecia, afirma que o mais comum era 30min".

Do depoimento da testemunha de indicação patronal extrai-se que o intervalo intrajornada de 1h não era respeitado nos períodos de safra, pois sua fruição dependia do trabalho repassado e na maioria das vezes não ultrapassava 30 minutos.

Não bastasse isso, entendo razoável crer no depoimento da testemunha ouvida por indicação obreira, no sentido de que durante os períodos de safra não havia a fruição de intervalo intrajornada, eis que trabalhou junto com o reclamante, o que não ocorreu com a testemunha de indicação patronal que afirmou nunca ter trabalhado diretamente na queima de cana de açúcar.

Diante disso, reconheço que nos períodos de entressafra, assim considerados os meses de dezembro a março de cada ano, o reclamante fruía de 1h de intervalo intrajornada. Quanto aos períodos de safra, de abril a novembro de cada ano, reconheço que o reclamante não fruía de qualquer intervalo intrajornada.

Assim, considerando o reconhecimento de que o reclamante não fruía de qualquer intervalo intrajornada nos períodos de safra, indene de dúvida a existência de horas extras sem a correspondente remuneração.

Por conseguinte, acolho em parte o pedido, para condenar a reclamada a pagar 1h hora extra por dia de trabalho nos períodos de safra (de 1o de abril a 30 de novembro de cada ano), observados os seguintes parâmetros:

a evolução salarial do reclamante;



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

o adicional de 50%. (Não há alegação de labor em domingos e feriados);

o divisor 220, pois o reclamante não trabalhava apenas 8h por dia de segunda a sexta-feira, e sim, trabalhava seis dias por semana, com folga em um dia;

dias efetivamente trabalhados conforme cartões ponto, excluindo-se os dias de faltas, férias, licenças, suspensão do contrato e outros afastamentos comprovados nos autos;

a base de cálculo na forma da Súmula 264 do TST, incluído o adicional noturno, na forma da OJ n° 97 da SDI-1, do TST e o adicional de insalubridade ora deferido;

as horas extras integram-se em repouso semanais remunerados, pela média física, na forma preceituada pela Lei 605/49 (domingos e feriados), nas férias mais um terço, no 13° salário e no FGTS (8%), na forma da OJ n° 394 da SDI-1 do TST;

os valores pagos sob os mesmos títulos deverão ser deduzidos de forma global, para evitar o enriquecimento sem causa do reclamante.

Indefiro ainda reflexos na indenização de 40% do FGTS e no aviso prévio, haja vista que o contrato de trabalho continua vigente.

INTERVALO INTRAJORNADA

Assim, não respeitado o intervalo intrajornada definido no artigo 71 da CLT, resta devido ao reclamante, no período de safra, de 1o de abril a 30 de novembro de cada ano trabalhado e não abarcado pela prescrição declarada, o pagamento de 1h diária.

Conforme reconhecido no item antecedente, nos períodos de safra (de 1o de abril a 30 de novembro de cada ano trabalhado) o reclamante não fruía de qualquer intervalo intrajornada, embora fizesse jus ao intervalo de uma hora, já que laborava mais de seis horas diárias, a teor do artigo 71 da CLT.

Consigne-se, primeiro, que até a edição da Lei 8.923, de 27.7.94, publicada no Diário Oficial da União de 28.7.94, prevalecia o entendimento traduzido no antigo enunciado 88 do C. TST: "O desrespeito ao intervalo mínimo entre dois turnos de trabalho,



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

sem importar em excesso na jornada efetivamente trabalhada, não dá direito a qualquer ressarcimento ao obreiro, por tratar-se de infração sujeita a penalidade administrativa (art. 71 da CLT)".

A partir daí, no entanto, foi acrescido parágrafo ao artigo 71 consolidado, que dispõe expressamente:

"§ 4º Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho."

A literalidade da lei permite concluir que, desde então, suprimido o intervalo, importando ou não a supressão excessiva de jornada, será devida a remuneração do período correspondente, com o acréscimo mínimo de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. Ou seja: apesar de adotar parâmetros idênticos aos utilizados para remuneração de horas extraordinárias, não é destas, especificamente, que cuidou o legislador no parágrafo em comento. Na verdade, ao estabelecer a sanção pecuniária, visou a impedir que o empregador subtraísse do empregado o intervalo obrigatório.

Não obstante, em face do tratamento dado pelo legislador ao tema, determinando o pagamento de adicional de pelo menos 50%, deve ser emprestado ao tempo correspondente ao intervalo suprimido a natureza salarial, como inclusive pacificado pelo TST na Súmula nº 437.

Não há prova nos autos de pagamento dos intervalos sonegados. Por conseguinte, acolho em parte o pedido para condenar a reclamada a pagar uma hora extra diária com o adicional de 50% por dia trabalhado nos períodos de safra, assim considerados os meses de abril a novembro de cada ano, em que houve sonegação do intervalo intrajornada, na forma da Súmula 437 do TST, com base na jornada reconhecida, observados os idênticos parâmetros para liquidação fixados no item precedente desta sentença, inclusive quanto aos reflexos.

(...).



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

HORAS EXTRAS DECORRENTES DO DESRESPEITO DO INTERVALO INTERJORNADA

Pretende o reclamante o pagamento de 1h hora extra diária gerada pela violação do intervalo interjornada.

Conforme os horários de início e término da jornada de trabalho registrada nos cartões ponto, reconhecidos como válidos no particular, o reclamante gozava de mais de 11 horas de intervalo interjornada em cada dia, não havendo violação ao disposto no artigo 66 da CLT.

Diante do exposto, indefiro o pedido.

HORAS EXTRAS PELA NÃO CONCESSÃO DE PAUSAS NA JORNADA DE TRABALHO E REFLEXOS

Afirma o reclamante que "durante toda sua contratualidade, não usufruía de pausa na jornada de trabalho, como prevê na NR-31, e também por analogia no que dispões o artigo 72 da CLT, ou seja, 'cada período de 90 (noventa) minutos de trabalho consecutivo corresponderá um repouso de 10 (dez) minutos não deduzidos da duração normal de trabalho'", assim, pleiteia a condenação da ré ao pagamento de "horas pausas" de 01 hora diária, em média.

Apesar da NR-31 estabelecer pausas para descanso e outras medidas que preservem a saúde do trabalhador, não permite a aplicação, por analogia, do art. 72 da CLT.

O intervalo previsto no artigo 72 da CLT aplica-se somente aos empregados que trabalham nos serviços permanentes de mecanografia, isto é, aos trabalhadores que exerçam atividade exclusiva, contínua e permanente de datilografia, escrituração ou cálculo, o que não é o caso do reclamante, trabalhador rural da cultura de cana-de-açúcar.

Esse, inclusive, o entendimento do C. TST acerca do assunto, consoante a jurisprudência adiante transcrita:

"TRABALHADOR RURAL. CORTE DE CANA. SALÁRIO POR PRODUÇÃO. HORAS EXTRAS. -O empregado que recebe salário por produção e trabalha em sobrejornada tem direito à percepção apenas do adicional de horas extras, exceto no caso do empregado cortador de cana, a quem é devido o



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

pagamento das horas extras e do adicional respectivo- (Orientação Jurisprudencial 235 da SDI-1 desta Corte). TRABALHADOR RURAL. CORTADOR DE CANA. PAUSAS PREVISTAS NA NR-31 DO MTE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 72 DA CLT. A atividade de cortador de cana, desempenhada por trabalhador rural, não se enquadra naquelas previstas no art. 72 da CLT, visto que apenas abrangem os empregados que trabalham nos serviços permanentes de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo), que não guardam semelhança com a atividade do cortador de cana. Por essa razão não se aplica à espécie, nem por analogia, essa norma. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento em parte. Processo: RR 15635820105150156 1563-58.2010.5.15.0156. Relator(a): João Batista Brito Pereira. Julgamento: 15/08/2012 . Órgão Julgador: 5ª Turma. Publicação: DEJT 24/08/2012.

Ademais, o reclamante não demonstrou a inexistência de referidas pausas, nem que esse fato tenha causado danos a sua saúde.

Portanto, rejeito o pedido, bem como seus acessórios reflexos.

Argumenta o autor que: "Conforme a instrução do feito o início da jornada se dava 14:00 horas, quando o autor entrava na condução fornecida pela empresa. Em vários dias, vemos que o autor saía do após a 01:40 hora da manhã (FLS. 140 e 146 por exemplo)!! E após sair do labor, somente retornava a sua residência as 03:00 horas da manhã NO MÍNIMO, o que viola a regra do artigo 66 da CLT.". Disse, ainda, que "basta uma análise dos cartões de ponto juntados para verificarmos que o autor por vários momentos mudou de período de labor, sendo que por vezes atuava no período diurno e outras vezes no período noturno."; "mesmo havendo permanência do autor por alguns meses na mesma função, esta fator não pode ser suficiente para impedir a configuração do chamado turno de revezamento, vez que houve sim a mudança e o legislador defere ao trabalhador jornada menor quando verifica que esta alteração traz conseqüências ao relógio biológico, como ocorreu neste caso. Requer, assim, que a ré seja condenada a pagar horas extras pela violação do intervalo previsto no artigo 66 da CLT, bem como



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

devido ao fato de trabalhar em turnos ininterruptos de revezamento, fazendo jus a horas extras como sendo as que extrapolam a 6ª diária e 36ª semanal.

A reclamada, por sua vez, aduz que: "não há nenhum motivo para entender que o intervalo fruído pelo autor não é o intervalo constante do cartão ponto."; "a jornada do trabalho do autor se dava dentro dos limites legais, observando-se rigorosamente os horários de entrada e saída dos serviços e o horário de uma hora para refeição e descanso, além dos quarenta minutos de intervalo para o café.". Disse, também, que: "a lei 5889/73 determina a observância dos usos e costumes da região, no que se refere ao intervalo intrajornada, sendo que a concessão de um intervalo é obrigatória, porém, não exclui a possibilidade de existência de mais de um intervalo, se esse for o costume da região."; o "intervalo para descanso e refeição respeitava no mínimo os 60 minutos intrajornada. As testemunhas arroladas não titubearam em afirmar que havia uma hora de intervalo. Se o reclamante diz não ter usufruído, o fez por conta e risco, descabendo assim onerar a reclamada e invalidar o banco de horas por conta de conduta dolosa do reclamante.". Alegou, por fim, que "o reflexo das horas extras não merece prosperar eis que o mesmo rotineiramente não laborava em horas extras, ademais, se eventualmente tal fato ocorresse haveria o seu rendimento adicional através do sistema de produção uma vez que o piso salarial à ele era garantido. Tais reflexos, portanto não encontram sustentabilidade para condenação e pagamento.". "Requer a reforma da sentença, a fim de que seja excluída a condenação em horas extras e horas extras intervalares e, em respeito à simetria das provas produzidas, requer-se a reforma da decisão hostilizada, determinando o reconhecimento da jornada apontada pela Reclamada e constante dos cartões ponto. Requer, ainda, "a reforma da r. sentença também nesse ponto, a fim de que seja determinada a observância do intervalo de 40 minutos para o café da tarde, além do destinado ao almoço, para fins de aferição da jornada.". Por fim, pleiteia a " reforma da r. sentença para excluir a condenação em reflexos das horas extras."

A prova oral produzida restou assim consignada sobre a questão (fls. 374/376):

Depoimento do autor:

"1 - mostrados os controles de ponto de fls.122/123, de modo exemplificativo, confirma os horários de entrada e de saída,



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

esclarecendo ainda que havia mudanças nos horários de trabalho; 2 - não havia intervalo para refeição; (...); 6 - nos períodos de entressafra (dezembro a fevereiro/março) trabalhava no plantio e em outras atividades, também a céu aberto, períodos em que havia alteração no horário de trabalho, começando na roça às 7h e parando às 15h20min, com 1h de intervalo. Nada mais."

Depoimento do preposto da ré:

"Inquirido, respondeu que: 1 - tanto na safra quanto na entressafra o reclamante usufruía de 1h de intervalo, das 19h às 20h, na safra, usufruído no próprio local de trabalho. Nada mais."

Depoimento da 1ª testemunha apresentada pelo autor, Sr. Derivaldo Bispo dos Santos:

"(...); trabalhou com o reclamante nos últimos três anos, quando então laborava entre 15h30min e 23h30min, sem qualquer intervalo, isso durante a safra; (...)."

Depoimento da 1ª testemunha apresentada pela ré, Sr. Mário Pedro Mireski:

"1 - trabalha para a reclamada desde março de 2007, sempre na função de motorista, esclarecendo que faz o trecho Umuarama/Perobal, o qual não é o mesmo que o reclamante, o qual faz o trecho Perobal/usina, não tendo acompanhado o reclamante em nenhuma viagem; (...); 4 - o tempo gasto entre a usina e a roça era marcado apenas ao término do período da queima, sendo que os horários do depoente eram anotados em cartão de ponto e os do reclamante em uma planilha, pelo próprio reclamante; 5 - quanto ao intervalo, este dependia do serviço que lhes era repassado, sendo que perguntado pelo Juízo se presenciou o reclamante usufruindo de intervalo, afirmou ter visto, mas que o período de fruição dependia muito, conforme se expressa, variando de 30min a 1h, sendo que questionado a respeito de qual horário prevalecia, afirma que o mais comum era 30min; (...); 7 - não trabalhou diretamente na queima da cana de açúcar; (...)."

Incontroversos os horários de início e término da jornada vez que autor reconhece como corretos nos registros de ponto colacionados. O intervalo,



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

quando do período de entressafra, também restou incontroverso, pois o autor admite, em seu depoimento, que o usufruía integralmente.

No que concerne ao intervalo durante a safra, correta a interpretação primeira, vez que a testemunha patronal, pelo fato de não trabalhar diretamente com a queima da cana-de-açúcar, atividade principal do obreiro, não tinha como acompanhá-lo para saber se usufruía ou não do intervalo para descanso e refeição, prevalecendo, dessarte, o que disse o testigo do autor, Sr. Derivaldo, haja vista ter laborado diretamente com o reclamante. Nessa vereda, nada há a ser reformado sobre os intervalos intrajornada.

Já no que diz respeito a observância de intervalo de 40 minutos para café, suscitado pela ré em suas razões recursais, assevera-se que nada há a ser analisado, vez que não houve pedido do autor sobre este intervalo, mas tão somente aos que se referem aos artigos 66, 71 e 72 da CLT. Ademais, quando se fala na lei em "observados os usos e costumes da região", quer fazer alusão a um segundo intervalo, por exemplo, e não fracionar aquele do artigo 71 da CLT, que tem por mínimo, 1 hora.

A jornada também foi a reconhecida nos cartões de ponto, como pode ser observado na transcrição do decisum primeiro, supra. Assim, em razão da ausência de interesse recursal por parte da ré, não merece conhecimento o recurso quanto ao ponto.

Por outra via, quanto ao intervalo do artigo 66 do texto celetário, tomando-se por base os exemplos citados pelo autor em suas razões de recurso, bem como seu pedido de duas horas in itinere por dia, nada lhe é devido a esse título. Se ele saía 01h40, terminava sua jornada, após computar o tempo gasto no trajeto trabalho/casa, às 02h40. Assim, somente poderia retornar ao trabalho a partir das 13h40 do mesmo dia. Os cartões de ponto, reconhecidos como corretos pelo obreiro nos horários de entrada e saída, registram entradas próximas às 15h40. Levando-se em consideração mais 1 hora in itinere, tem-se que o reclamante iniciava sua jornada às 14h40, o que, data venia o entendimento recursal, não fere o intervalo previsto no artigo em comento.

Também não se cogita de conferir guarida a pleito referente a turnos ininterruptos de revezamento.

É essencial para caracterização do trabalho em turnos em revezamento, e o conseqüente direito à jornada reduzida, a alternância de horários de



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

trabalho, com evidentes desgastes para o trabalhador. Esse é o aspecto fundamental para caracterização do revezamento, já que o artigo 7º, inciso XIV, da Constituição Federal não exige que o trabalho seja desenvolvido em três turnos distintos.

O fim colimado pelo legislador constituinte, ao garantir jornada reduzida de seis horas para o labor em turnos ininterruptos de revezamento, foi minimizar o maior desgaste causado à saúde do trabalhador que se sujeita a alternâncias no horário de trabalho.

O objetivo da previsão contida no inciso XIV do artigo 7º da Constituição Federal foi compensar o desgaste no relógio biológico do trabalhador, por ser obrigado a alternar o horário destinado ao seu descanso e convívio social, bastando que, de forma habitual, trabalhe com alternância de horários, com prejuízo ao ritmo biológico e à convivência social e familiar.

Não é o que se verifica nos autos, vez que os registros de ponto de fls. 118/182 não revelam habitualidade exigida na alternância de horários.

Assim, adequada a decisão que indeferiu o reconhecimento de turnos ininterruptos de revezamento.

Por fim, como os mesmos registros de ponto retromencionados dão conta de habitualidade na realização de horas extras, correta a condenação em reflexos.

Em face do exposto, nada há a ser reformado” (fls. 672/684).

Sustenta o reclamante que houve várias mudanças nos horários de trabalho, o que configura o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento. Aponta violação do art. 7º, XIV, da Constituição Federal e colaciona arestos.

Razão não lhe assiste.

O TRT decidiu com base nos elementos instrutórios dos autos, concluindo pela não tipificação do trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, porque, no caso, “os registros de ponto de fls. 118/182 não revelam habitualidade exigida na alternância de horários.”

A valoração dos meios de prova ofertados pela parte constitui prerrogativa do julgador, pelo princípio da persuasão racional, que tem previsão no ordenamento processual, na aplicação



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

subsidiária do art. 131 do CPC, não havendo que se falar, assim, em ofensa ao art. 818 da CLT.

Diante do quadro delineado pelo Regional, para se concluir como pretende o recorrente, seria imprescindível o revolvimento de fatos e provas, procedimento vedado nesta instância recursal, a teor da Súmula 126 do TST.

Em consequência, ileso o dispositivo da Constituição Federal manejado.

Por outro lado, os arestos transcritos são inespecíficos (Súmula 296/TST), porque não retratam a situação dos autos, em que revelada pelo Regional a não tipificação do trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, porque os registros de ponto não demonstram a habitualidade exigida na alternância de horários.

Não conheço.

4 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

4.1 - CONHECIMENTO.

A Corte *a quo* manteve a sentença pela qual julgado improcedente o pleito de honorários advocatícios, pelos seguintes fundamentos:

“Assim restou manifestado o decisum de origem:

HONORÁRIOS DE ADVOGADO

Os honorários de advogado, tratando-se de relação de emprego, somente são devidos quando preenchidos os requisitos dos § 1º e 2º do artigo 14 da Lei nº 5.584/70, quais sejam, benefício da justiça gratuita e assistência sindical, nos termos da Instrução Normativa nº 27/2005 e conforme já pacificado pelas Súmulas 219 e 329 do TST, em face da recepção do artigo 791 da CLT pelo artigo 133 da CF/88.

No caso dos autos o reclamante não comprovou estar assistido pelo sindicato de classe.

O artigo 389 do novo CCB estabelece o pagamento de perda e danos, juros e atualização monetária nos casos de



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

inadimplemento das obrigações, incluindo, também, a verba honorária advocatícia.

Trata-se de norma de caráter geral, que não revoga norma especial trabalhista, que possui regramento próprio sobre a questão no artigo 14 da Lei 5584/70, o qual não restou preenchido, pois o reclamante não está assistido pelo seu sindicato de classe.

Também é indevida tal verba em razão da aplicação do disposto no artigo 404 do CCB, pelos motivos já apontados, bem como em razão do princípio da sucumbência, previsto no artigo 20 do CPC ou em face da indispensabilidade do advogado, consoante determina o artigo 133 da CF, de acordo com o que dispõem as Súmulas 219 e 329 do C. TST.

Diante do exposto, indefiro o pedido de condenação da reclamada em honorários de advogado.

Aduz o reclamante que "Vem reiteradamente a jurisprudência entendendo que os honorários advocatícios são devidos quando o trabalhador declara na petição inicial de que não tem condições financeiras de arcar com as custas do processo sem prejuízo seu e de sua família. Desta feita, o requisito da assistência pelo sindicato da categoria não tem fundamento, haja vista que não tendo ou não querendo o obreiro esta assistência sindical, é perfeitamente possível que possa valer-se de um procurador a sua escolha ou nomeado pelo Juízo.". Requer que a ré seja condenada a pagar honorários advocatícios.

No âmbito do Processo do Trabalho a matéria alusiva aos honorários advocatícios encontra-se disciplinada pela Lei 5.584/70, bem como incide o entendimento consubstanciado na Súmula 219 do C. TST, ratificado pela de nº 329 da mesma Corte Superior e OJ 305 da SDI-1 do TST. Vejamos:

Súmula nº 219 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO (nova redação do item II e inserido o item III à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (ex-Súmula n° 219 - Res. 14/1985, DJ 26.09.1985) II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista. III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego. Súmula n° 329 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula n° 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

OJ 305. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. JUSTIÇA DO TRABALHO (DJ 11.08.2003) Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato.

Assim, perfilho o entendimento de que são devidos honorários advocatícios no processo trabalhista nas hipóteses em que o empregado encontra-se assistido pelo sindicato da categoria profissional e comprova recebimento de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou declare que não possui condições arcar com as despesas processuais, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família (Lei n. 5.584/70, art. 14 e Lei n° 1060/50, art. 4º, com a redação da Lei n° 7510/86).

No caso, consta nos autos declaração do reclamante, no sentido de não possuir recursos para demandar sem prejuízo do sustento próprio e da sua família (fl. 15). Não existindo provas em contrário, prevalece a sua presunção de veracidade, nos termos da Lei 1.060/50.

Não obstante, observa-se que o autor não está assistido pelo sindicato representativo de sua categoria profissional, portanto, não faz jus ao pagamento da verba honorária.

Diante do exposto, merece ser mantida a r. sentença” (fls. 684/686).



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

Insurge-se o reclamante, colacionando arestos ao dissenso.

Sem razão.

Na Justiça do Trabalho, os pressupostos para deferimento dos honorários advocatícios, previstos no art. 14 da Lei n° 5.584/70, são cumulativos, sendo necessário que o trabalhador esteja representado pelo sindicato da categoria profissional e, ainda, que perceba salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou, recebendo maior salário, comprove situação econômica que não lhe permita demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Incontroverso nos autos que o reclamante não se encontra assistido pelo sindicato da sua categoria profissional.

Nessa esteira, não estando presentes tais condições, indevidos os honorários assistenciais.

Esta é a inteligência das Súmulas 219 e 329 do TST.

Na presença de situação moldada ao art. 896, § 7°, da CLT, impossível pretender-se o conhecimento do recurso de revista com alicerce em divergência jurisprudencial.

Não conheço.

II - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA.

Tempestivo o apelo (fls. 706 e 726), regular a representação (fls. 470 e 699), pagas as custas (fls. 616 e 743) e recolhido o depósito recursal (fls. 614 e 741), estão presentes os pressupostos genéricos de admissibilidade.

1 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.

1.1 - CONHECIMENTO.

Eis os fundamentos do acórdão:

“Análise conjunta com o tópico de mesmo nome do recurso ordinário da parte ré, ante a identidade das matérias.

Registra a r. sentença:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E REFLEXOS



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

O reclamante requer a condenação da reclamada no pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, alegando que no desempenho de sua função de trabalhador rural mantinha "contato direto com POEIRA PROVENIENTE DA QUEIMADA DA CANA DE AÇÚCAR, FULIGEM, entre outros, ainda estava exposto às intempéries, como chuva, sol, vento, frio, calor, que em grande período de exposição é prejudicial a saúde, acima dos limites tolerados, admitidos legalmente".

A Reclamada nega a exposição do reclamante a condições insalubres, capazes de justificar o adicional postulado e requer a improcedência do pedido.

Para deslinde da questão foi produzida prova pericial (fls. 490/500) que, com base na NR 15 da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho, constatou a existência de insalubridade.

Conforme o lado pericial, o Expert assim se manifestou:

" (...)

6. IDENTIFICAÇÃO DO LOCAL AVALIADO

o reclamante labora como trabalhador rural - queima de cana, sendo área agrícola contendo lavoura de cana dividida em talhões, em ambiente externo com iluminação e ventilação natural.

7. ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELO RECLAMANTE

na perícia técnica, de acordo com relato do reclamante estando em concordância com o paradigma, verificou-se que o mesmo realizava as seguintes atividades:

durante o período de safra:

- colocar fogo na cana utilizando a própria palha da cana (vide foto 01 anexo 01);
- exercer a atividade de monitoramento do fogo, permanecendo em cima do caminhão pipa, operando o canhão de água para evitar alastramento do fogo (vide foto 02 anexo 01);
- a atividade de queima de cana pode durar de uma hora a uma hora e meia se ocorrer tudo certo. mas se porventura o fogo se alastrar para outros talhões ou reservas de matas, a atividade poderá durar todo o período laboral. segundo relato do motorista



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

agrícola, a queima da cana é feita diariamente. só não ocorre a mesma quando chove ou quando quebra algum equipamento.

durante o período da entressafra:

- esporadicamente apagar incêndio criminoso nas lavouras de cana.

(...)

8. EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL UTILIZADOS NAS ETAPAS DO PROCESSO OPERACIONAL

a avaliação ambiental foi feita de forma quantitativa (realizando medições dos agentes insalubres) e forma qualitativa (entrevistando as partes, analisando os autos e demais documentos apresentados no momento da diligência, verificando as condições ambientais e métodos de trabalho), constatando as características do trabalho do reclamante. tais avaliações encontram amparo legal pela norma regulamentadora 15 - atividades e operações insalubres, aprovada pela portaria 3.214/78 do ministério do trabalho e emprego.

12. AVALIAÇÃO DA EXPOSIÇÃO AOS AGENTES AMBIENTAIS

(...)

12.3. CALOR

analisando as atividades exercidas pelo reclamante, considerando-se como sendo um trabalho pesado, tendo uma taxa metabólica de 425 kcal/h, com ibutg máximo estabelecido para essa taxa metabólica sendo de 25,9°C (segundo o ciclo de trabalho da reclamante), conforme quadro 1, anexo 3 da nr 15, portaria 3.214/78 do ministério do trabalho e emprego, verificou-se que o ibutg medido no local de trabalho, chegou a 35,8°C.

diante dos dados acima mencionados e de que o regime de trabalho era em média 45 minutos realizando atividades e 15 minutos de descanso no mesmo local, constatou-se que o reclamante laborou em condições de insalubridade, por estar o valor de ibutg acima dos limites de tolerância previsto no anexo 3, da nr 15 da portaria 3.214/78 do ministério do trabalho e emprego.



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

foi utilizado um medidor de stress térmico da marca instrutherm, modelo tgd-400, n° de série 110910074, previamente aferido conforme laudo de calibração anexo ao laudo pericial. as medições foram efetuadas no local onde permanece o trabalhador, à altura da região do corpo mais atingida.

13. PARECER TÉCNICO CONCLUSIVO

após criteriosa avaliação dos autos e vistoria in loco fundamentados em avaliações técnicas e científicas conforme norma regulamentadora 15 - atividades e operações insalubres e seus anexos aprovada pela portaria 3.214/78 do ministério do trabalho e emprego, conclui-se que o reclamante sr. adão mateus pereira, laborou em atividade insalubre durante os períodos de safra, ou seja, o reclamante faz jus ao adicional de insalubridade em grau médio (20%) durante os períodos de safra, devido o mesmo laborar exposto ao agente insalutífero calor, acima dos limites de tolerância previsto no anexo 3 da nr 15 da portaria 3.214/78 do ministério do trabalho e emprego.

14. RESPOSTA AOS QUESITOS

(...)

14.2. RESPOSTAS AOS QUESITOS DA RECLAMADA:

(...)

6) EM CASO POSITIVO, QUEIRA ESPECIFICAR QUAIS SÃO ESTES EPI'S E SUA EFETIVIDADE EM FACE DE AGENTES NOCIVOS PORVENTURA EXISTENTES.

resposta: segundo relato do reclamante, o mesmo utilizava os seguintes equipamentos de proteção individual:

- . botina de segurança;
- . luva de raspa cano longo;
- . avental de raspa com manga.

a neutralização do agente calor não ocorre com o uso dos equipamentos de proteção individual, pois não é possível determinar que estes reduzam a intensidade do calor abaixo dos limites de tolerância.

(...)"



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

Às fls. 511/514 o perito respondeu aos quesitos complementares formulados pela reclamada, que em nada alteraram a conclusão do laudo pericial.

Portanto, concluiu o Perito, amparado pelas normas do Ministério do Trabalho, que o reclamante, devido à exposição ao agente insalutífero calor, acima dos limites de tolerância previsto no anexo 3 da nr 15 da portaria 3.214/78 do ministério do trabalho e emprego, durante os períodos de safra, laborou em condições insalubres, fazendo jus ao recebimento do adicional de insalubridade em grau médio (20%).

Quanto à impugnação ao laudo, ofertada pela reclamada, apenas reflete seu inconformismo com a conclusão pericial que lhe foi desfavorável, pois não há elementos nos autos aptos a desconstituir a conclusão pericial, até porque o laudo pericial esclareceu que os equipamentos de proteção individual utilizados pelo reclamante não neutralizavam o agente calor.

O mesmo se diga quanto às impugnações ao laudo pericial e resposta aos quesitos complementares apresentadas pelo reclamante, no que tange aos períodos de entressafra, em que o perito não concluiu pelo direito do obreiro ao adicional de insalubridade, eis que ficava à disposição da reclamada, apenas para combater eventuais focos de incêndio, não exercendo atividades no corte de cana.

Diante disso, com base nas conclusões periciais, reconheço o direito do reclamante ao recebimento do adicional de insalubridade em grau médio (20%), durante os períodos de safra, assim considerados os meses de abril a novembro de cada ano, haja vista o depoimento pessoal do próprio obreiro de que a entressafra ocorrida nos meses de dezembro a fevereiro/março.

Por outro lado, quanto à base de cálculo, inicialmente esclareço que no caso dos autos não há norma legal ou coletiva definindo a base de cálculo do adicional de insalubridade.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário 565.714-SP, cujo acórdão, da lavra da eminente Ministra Carmen Lúcia, reconhecendo que o caso envolvia



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

questão de repercussão geral, editou a Súmula Vinculante n° 4, do seguinte teor:

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

Na hipótese do RE 565.714-SP, que originou a súmula, entendeu-se que não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 a expressão "salários mínimos" contida no caput da Lei Complementar 432/85 do Estado de São Paulo, e, bem assim, o § 1º do mesmo dispositivo legal, assim redigidos:

"Art. 3º - O adicional de insalubridade será pago ao funcionário ou servidor de acordo com a classificação nos graus máximo, médio e mínimo, em percentuais de, respectivamente, 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento), que incidirão sobre o valor correspondente a 2 (dois) salários mínimos.

§ 1º - O valor do adicional de que trata este artigo será reajustado sempre que ocorrer a alteração no valor do salário mínimo."

Tais dispositivos, segundo o entendimento do Pretório Excelso, colidem com a parte final do inciso IV do artigo 7º da Carta Magna, que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. No entendimento da Corte, o sentido dessa proibição, conforme o Informativo STF-504, seria o de "[...] evitar o uso do salário mínimo como fator de indexação, para que, com essa utilização, não se criasse empecilho ao aumento dele em face da cadeia de aumentos que daí decorreriam se admitida essa vinculação". (Disponível

em:<http://www.stf.gov.br//arquivo/informativo/documento/informativo504.htm>).

Do mesmo informativo extrai-se:

"Asseverou-se que, a despeito do reconhecimento da não-recepção, o Tribunal não poderia substituir a base de cálculo legal, tal como pretendido pelos recorrentes, sob pena de atuar como legislador positivo. Por fim, o Tribunal determinou o



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

aproveitamento como base de cálculo do adicional de insalubridade a ser pago aos recorrentes do valor em reais equivalente a dois salários mínimos nacionais segundo o valor vigente na data do trânsito em julgado deste recurso extraordinário, atualizando-se na forma da legislação, até que seja editada lei fixando nova base de cálculo. [...]"

A nova súmula, é fato, comporta interpretações divergentes, que já estão surgindo. Uma delas é a de que passou a existir lacuna legislativa, na medida em que o adicional de insalubridade não poderia mais ter por base de cálculo o salário mínimo. Em hipótese tal, seria o caso de colmatar o vazio normativo, conforme prescrevem os artigos 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC).

No aspecto processual, ademais, expresso encontra-se no artigo 126 do Código de Processo Civil (CPC) que, havendo lacuna ou obscuridade na lei, o juiz não se exime de sentenciar ou despachar. Um dos recursos que lhe são postos à disposição pelo referido artigo, também previsto nos dispositivos do direito material alhures citados, é a analogia.

E valendo-se da analogia legis, poderia o juiz utilizar os parâmetros fixados em lei (artigo 193 da CLT) para o adicional de periculosidade, passando a adotar o salário básico do empregado (Súmula 191 do C. TST) como base de cálculo do adicional de insalubridade, como, aliás, já fez anteriormente o próprio Tribunal Superior do Trabalho, em cumprimento a decisões do STF (Confira-se: TST-ROAR-6.267/2003-909-09-00.3, DJ 04/05/2007; TST-RXOF e ROAR-6.277/2002-909-09-00.8, SBDI-2, DJ 25/05/2007; TST-RXOF e ROAR-6.112/2003-909-09-00.7, DJ 01/06/2007 e TST-AR-149.732/2004-000-00.8, DJ 08/06/2007).

Outro entendimento é de que lacuna não haveria, na medida em que a própria Constituição Federal apontaria, como sendo a base de cálculo, a remuneração do trabalhador, porém, tal entendimento, não pode prevalecer. Entre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, o artigo 7º da Carta Magna de fato



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

preceitua, no inciso XIII, "adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei" (grifos nossos).

Veja-se, no entanto, que o constituinte prescreveu adicional de e não sobre a remuneração. Logo, a palavra remuneração deve aqui ser entendida no seu sentido mais genérico, e não no sentido estrito jurídico (salário + gorjeta, conforme a CLT).

A acepção emprestada pelo constituinte ao vocábulo remuneração, no texto, é a de sinonímia de ato ou efeito de remunerar, ou seja, de pagar. Seria a mesma coisa se tivesse feito constar adicional de pagamento. Note que no inciso IX, do mesmo artigo 7º, já havia feito isto: "remuneração do trabalho noturno superior à do diurno"; no XVI também: "remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal".

Sérgio Pinto Martins tem a mesma opinião (Direito do Trabalho, 23. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 235-236):

"O inciso XXIII do art. 7º da Constituição não dispõe que o adicional de insalubridade é calculado sobre a remuneração, mas sim que se trata de um adicional 'de remuneração'. O adicional não será, portanto, calculado sobre a remuneração ou sobre o salário contratual do empregado. O cálculo do adicional de insalubridade continua a ser feito sobre um determinado valor previsto na legislação ordinária, mas não sobre a remuneração. Há que se entender que o sentido da palavra remuneração a que se refere a Lei Fundamental é o do verbo remunerar e não propriamente a remuneração de que trata o art. 457 da CLT."

Além disto, a Constituição Federal é clara: o adicional deve ser pago na forma da lei. E a lei, neste ponto, não deixa margem para dúvida. O adicional, ao menos até antes da promulgação da súmula vinculante em questão, deve ser calculado sobre o salário mínimo. Vide a redação do artigo 192 da CLT:

"O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção do adicional respectivamente de 40%



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

(quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo."

Havia, pois, mesmo antes da Súmula Vinculante n° 4, recentemente editada, um óbice legal intransponível para a utilização de base de cálculo diversa. A Constituição prescreve que o adicional será calculado na forma da lei e a lei estipula que a base de cálculo é o salário mínimo. Logo, lacuna nunca houve. Se a nova Súmula expungisse do ordenamento jurídico o salário mínimo, passaria, então, a haver lacuna, mas não foi isto que fez, como se verá adiante.

A expressão "salário mínimo da região", contida na lei, não deve, por outro lado, impressionar, porquanto adequada à época em que editada a norma. Observe-se que o artigo 76 da CLT, que conceitua o salário mínimo como a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, estabeleceu que ele deve ser capaz de satisfazer, em determinada época e região do País, às suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.

Ou seja: referido artigo consagrou, também à época em que foi editado, o salário mínimo por região. E ninguém duvida que o salário mínimo ali referido é o mesmo estatuído pelo inciso IV do artigo 7° da Carta Maior, agora nacionalmente unificado. Assim, o fato de a Constituição Federal ter unificado nacionalmente o salário mínimo, não muda as coisas.

Claro que a lei poderia dispor de forma diversa. Em situação específica até já o fez. A Lei 7.394, de 29 de outubro de 1985, que regula o exercício da profissão de técnico em radiologia, estabeleceu no seu artigo 16:

"Art. 16. O salário mínimo dos profissionais que executam as técnicas definidas no art. 1°. Desta Lei, será equivalente a dois salários mínimos profissionais da região, incidindo sobre esses vencimentos 40% (quarenta por cento) de risco de vida e insalubridade."



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

Tal dispositivo, a teor do quanto disposto na nova súmula, não teria sido igualmente recepcionado pela CF/88.

Em razão de todo o exposto, cumpre analisar qual o real sentido da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal. E aqui, embora se divirja, respeitosamente, das conclusões por ele exaradas sobre a manutenção da aplicabilidade da Súmula 17 do C. TST, são precisas as lições do Ministro Ives Gandra Martins Filho em pelo menos dois acórdãos por ele relatados no Tribunal Superior do Trabalho, de cujas ementas se extrai o seguinte:

"ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO MÍNIMO - (CLT, ART. 192). DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE (UNVEREINBARKEITSERKLARUNG).

SÚMULA 228 DO TST E SÚMULA VINCULANTE 4 DO STF.

1. O STF, ao apreciar o RE-565.714-SP, sob o pálio da repercussão geral da questão constitucional referente à base de cálculo do adicional de insalubridade, editou a Súmula Vinculante 4, reconhecendo a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo, mas vedando a substituição desse parâmetro por decisão judicial.

2. Assim decidindo, a Suprema Corte adotou técnica decisória conhecida no direito constitucional alemão como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (Unvereinbarkeitserklärung), ou seja, a norma, não obstante ser declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se substituir ao legislador para definir critério diverso para a regulação da matéria.

3. Nesse contexto, ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do art. 192 da CLT e, por conseguinte, da própria Súmula 228 do TST, tem-se que a parte final da Súmula Vinculante 4 do STF não permite criar critério novo por decisão judicial, razão pela qual, até que se edite norma legal ou convencional estabelecendo base de cálculo distinta do salário mínimo para o adicional de insalubridade, continuará a ser aplicado esse critério para o



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

cálculo do referido adicional, salvo a hipótese da Súmula 17 do TST, que prevê o piso salarial da categoria, para aquelas categorias que o possuam (já que o piso salarial é o salário mínimo da categoria)." (TST-RR 955/2006-099-15-00 - 7. T., v.u., Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho. DJ 16.05.2008. Disponível em: . Acesso em 20 mai 2008).

De fato, como destacado pelo eminente Ministro, a Suprema Corte, embora tenha reconhecido que o salário mínimo não pode ser utilizado como indexador da base de cálculo do adicional de insalubridade ou de quaisquer outros direitos e/ou vantagens de servidores públicos ou de empregados, declarou, de forma concomitante, que decisão judicial não pode substituí-lo.

Eis, de trecho do v. acórdão, outras preciosas lições:

"Quanto à substituição do salário mínimo por outro indexador, no sentido de superar a inconstitucionalidade apontada, não compete ao magistrado fazê-lo, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade das leis, quer de forma concentrada, quer de forma difusa, somente pode atuar como legislador negativo, isto é, expungindo da ordem jurídica a lei não compatível com a Constituição, mas não como legislador positivo, estabelecendo regra que substitua a inconstitucional, como seria o caso de se determinar a indexação com base na TR ou outro indexador semelhante."

Assim, se o direito está estabelecido em lei, enquanto não houver substituição do salário mínimo, permanecerá este sendo utilizado, uma vez que o judiciário não pode substituí-lo, nem mesmo por analogia, em razão da parte final da súmula vinculante nº 4, e nem seria razoável entender que o adicional de insalubridade, então, não existiria, por ausência de base de cálculo.

Certo, como destacado inclusive na ementa transcrita que, assim como o legislador, poderiam - e devem até ser estimulados a fazê-lo, como política social que faça com que o desenvolvimento econômico sirva de base ao progresso social, como preconiza, por exemplo, a Convenção nº. 117 da OIT, sobre Objetivos e Normas Básicas da Política Social - os sindicatos buscar, em convenções



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

coletivas, patamares mais razoáveis para servir de cálculo do adicional de insalubridade, como o próprio salário do trabalhador. Nada haveria de irregular se mais favoráveis.

Entretanto, respeitadas opiniões contrárias, enquanto a questão não for convenientemente disciplinada pelo legislador ou tratada em normas coletivas, à luz da Súmula Vinculante n° 4 do STF, o percentual do adicional de insalubridade em geral continuará incidindo sobre o salário mínimo de que cogita o artigo 76 da CLT (Súmula 228 do C. TST, mesmo após a alteração promovida pela Res. 121/2003, que ressalvou as hipóteses previstas na Súmula 17, e que certamente restará superada quando o legislador fizer o que lhe compete).

A restauração da Súmula 17 do C. TST, não podia antes e, a nosso juízo, não pode principalmente agora, depois da nova Súmula Vinculante, importar entendimento diverso, sob pena de flagrante desigualdade no tratamento dos trabalhadores, em afronta direta à Constituição Federal (art. 5º) e, agora também, em desrespeito à nova súmula vinculante.

É que, ao adotar-se piso salarial, salário normativo ou salário profissional, estaria o juiz fazendo justamente o que é vedado pela nova súmula: substituindo, por decisão judicial, a base de cálculo do adicional de insalubridade, a pretexto de confundirem-se tais institutos com o salário mínimo, quando, na verdade, aqueles e este são figuras absolutamente distintas.

A prevalecer, aliás, o entendimento expresso na Súmula 17 do C. TST, seria o caso de estendê-lo também, nos Estados em que já instituídos, aos Pisos Salariais Estaduais. Entretanto, confira-se, uma vez mais, o que diz Sérgio Pinto Martins a respeito da Súmula 17, na edição de 2007 de sua obra:

"A lei, porém, não dispõe que a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário profissional. Somente por intermédio de lei a base de cálculo poderia ser assim estabelecida. Logo, a Súmula 17 do TST não poderia usar essa base de cálculo." (Op. cit., p. 236)



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

Argumente-se, enfim, que embora aprovada na Sessão Plenária de 13/12/1963, a despeito da edição da nova súmula vinculante, não foi ainda cancelada - e, portanto, está em plena vigência - a Súmula 307 do Supremo Tribunal Federal, cujo inteiro teor é o seguinte:

"É devido o adicional de serviço insalubre, calculado à base do salário mínimo da região, ainda que a remuneração seja superior ao salário mínimo acrescido da taxa de insalubridade."

Certo que tanto ela como a Súmula 228 do C. TST estariam superadas. Entretanto, como o STF, embora afirmando que o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo foi expresso ao vedar sua substituição por decisão judicial, por ora, é o que prevalece.

Verdade, como por muito salientado, que passada é a hora de promover alterações no referido adicional, uma vez que, se o objetivo é onerar o empregador para estimulá-lo a propiciar um meio ambiente do trabalho equilibrado e saudável, os percentuais calculados sobre o salário mínimo, de tão insignificantes, certamente não estão cumprindo esta função.

A alteração, entretanto, para ser genericamente aplicada, deve ser derivada de lei, que contemple a todos indistintamente, sem privilegiar apenas os que já são afortunados por pertencerem a uma profissão específica ou categoria organizada, ou ainda por estarem em Estados que tenham adotado o Piso Salarial Estadual (normalmente os mais ricos da Nação).

Afinal, embora não se duvide da natureza salarial do referido adicional, já consagrada pela melhor doutrina e jurisprudência uníssona, não se deve perder de vista que ele não remunera a melhor eficiência ou qualificação técnica. Não é esta a sua função. Como não é possível admitir que esteja "comprando" a saúde de quem quer que seja, deve ser entendido que o fito é desestimular a manutenção do ambiente insalubre, como já destacado. Assim, há que se ponderar, também, que nada justificaria pagamento diferenciado quando os trabalhadores estivessem no mesmo



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

ambiente insalubre, pois a saúde do mais humilde operário não pode valer menos do que a do gerente mais graduado.

Neste sentido, já em 1967 acentuava Roberto Barreto Prado (Tratado de Direito do Trabalho, v. 1, São Paulo: RT, 1967, p. 417):

"[...] Embora diversos os salários, se os empregados trabalham em igual ambiente insalubre, têm eles direito ao mesmo adicional. Este varia, conforme o grau de insalubridade, que pode ser máxima, média ou mínima, correspondendo ao acréscimo respectivamente de 40%, 20% e 10%."

Atente-se, ainda, para a observância do princípio - também constitucional - da legalidade: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II, da CF).

O empregador, que ao calcular o adicional de insalubridade sobre o salário mínimo julgava estar cumprindo suas obrigações, não pode ser surpreendido com alteração de entendimento que, produzindo efeitos retroativos, o transforme - do dia para a noite - em infrator de normas trabalhistas. Só a lei, depois de sancionada, promulgada e publicada, poderá compeli-lo - a partir de então e não de forma retroativa - a observar nova base de cálculo ou percentuais diferentes (de preferência superiores aos praticados) para o adicional em questão.

Reforça o entendimento supra, o fato de o Ministro Gilmar Mendes, presidente do STF, ter em 15.07.2008, na Reclamação 6266 (proposta pela Confederação Nacional da Indústria), concedido liminar suspendendo a Súmula 228 do C. TST na parte em que permite a utilização do salário básico para o cálculo do adicional de insalubridade.

Por conseguinte, em razão da Súmula Vinculante nº 4 e da liminar acima mencionada, considerando a determinação para que o juiz não substitua o legislador na fixação da base de cálculo, o adicional de insalubridade (20%,) deve ser calculado sobre o salário mínimo mensal conforme dispõe o artigo 192 da CLT, com supedâneo na teoria da declaração de inconstitucionalidade



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

sem pronúncia de nulidade do Direito Alemão, em atenção aos princípios do não retrocesso social e da segurança jurídica, enquanto não for editada norma legal ou coletiva definindo sua base de cálculo.

Diante do exposto, com base no laudo pericial, cuja conclusão adoto como razão de decidir, defiro o pedido e condeno a reclamada ao pagamento do adicional de insalubridade em grau médio (20%), incidente sobre o salário mínimo, com reflexos nas férias acrescidas de 1/3, 13º salário, FGTS (8%).

Não incidem reflexos no DSR, pois o adicional de insalubridade é parcela paga em modulo mensal, a base de 30 dias, cujo valor já contempla os DSR.

Também são indevidos reflexos sobre o aviso prévio e a indenização de 40% do FGTS, pois o contrato de trabalho permanece vigente, conforme acima reconhecido.

Alega o autor, em síntese, que: "houve discordância quanto a delimitação de tempo feita pelo r. perito, vez que no períodos de entre-safra o autor também estava exposto ao mesmo adicional, pois era trabalhador rural."; "comprovada a situação narrada na peça de ingresso, ou seja, que o autor durante safra e entressafra estava exposto ao calor em excesso.". Continuou sua irrisignação para aduzir que "é inconstitucional a incidência do adicional de insalubridade sobre o valor do salário mínimo, em função do que dispõe o art. 7º, IV e XXIII, da CF". Requer, destarte, a condenação da ré para pagar o adicional de insalubridade também durante o período de entressafra, bem como para que o adicional em comento seja calculado com base na remuneração do autor.

A parte ré, por seu turno, argumenta, em resumo, que "o obreiro além de protegido pelos EPI, pelo fato de laborar em campo aberto, tem a temperatura reduzida pela dispersão dos ventos."; "o entendimento majoritário é no sentido de que o calor na atividade agrícola não é causa para adicional de insalubridade". "Requer assim a reforma do julgado para afastar a condenação em adicional de insalubridade pelo calor.".

Na inicial, o autor sustentou que estava exposto aos seguintes agentes insalubres: poeira, pó de fuligem e calor, entre outros (fl. 6).



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

Diante da controvérsia instaurada, foi efetuada perícia que teve sua conclusão, conforme transcrição supra, pelo deferimento do adicional apenas no período de safra, vez que o autor não laborava nos canaviais na entressafra, ficando à disposição da reclamada apenas para apagar "eventuais focos de incêndio".

Embora fossem fornecidos EPIs, eles não se mostram aptos a sequer reduzir a exposição ao agente insalubre, tampouco neutralizá-lo, por ser inconcebível que o fornecimento de um boné ou uma luva, por exemplo, tenham qualquer impacto na redução da temperatura, conforme, aliás, ressaltado na prova técnica (fl. 497):

"A NEUTRALIZAÇÃO DO AGENTE CALOR NÃO OCORRE COM O USO DOS EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL, POIS NÃO É POSSÍVEL DETERMINAR QUE ESTES REDUZAM A INTENSIDADE DO CALOR ABAIXO DOS LIMITES DE TOLERÂNCIA."

Da mesma forma em relação à dispersão dos ventos, já que a temperatura registrada no momento da aferição estava acima do limite tolerado:

ANALISANDO AS ATIVIDADES EXERCIDAS PELO RECLAMANTE, CONSIDERANDO-SE COMO SENDO UM TRABALHO PESADO, TENDO UMA TAXA METABÓLICA DE 425 KCAL/H, COM IBUTG MÁXIMO ESTABELECIDO PARA ESSA TAXA METABÓLICA SENDO DE 25,9°C (SEGUNDO O CICLO DE TRABALHO DA RECLAMANTE), CONFORME QUADRO 1, ANEXO 3 DA NR 15, PORTARIA 3.214/78 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, VERIFICOU-SE QUE O IBUTG MEDIDO NO LOCAL DE TRABALHO, CHEGOU A 35,8°C.

A exposição ao calor excessivo no labor externo acarreta o direito à percepção do adicional de insalubridade em grau médio, entendimento respaldado pela atual jurisprudência do C. TST, conforme se observa da OJ 173 da SDI-1: "[...] Tem direito ao adicional de insalubridade o trabalhador que exerce atividade exposto ao calor acima dos limites de tolerância, inclusive em ambiente externo com carga solar, nas condições previstas no Anexo 3 da NR 15 da Portaria N° 3214/78 do MTE".



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

Nada a prover, portanto, quanto ao aspecto.

No que se refere à entressafra, conforme destacado na manifestação complementar do expert (fl. 512), o autor não laborava no corte de cana, mas tão somente na queima de cana-de-açúcar, e durante a safra. Na entressafra ficava à disposição da empresa para apagar eventuais focos de incêndios criminosos, o que, destaque-se, não é suficiente para que lhe seja concedido o adicional em análise para esse período.

Por fim, sobre a base de cálculo, sempre perfilhei o entendimento de que a incidência do adicional de insalubridade sobre o salário mínimo esbarra no óbice constitucional à vinculação (CRFB, art. 7º, IV), não se cogitando, pois, da incidência do art. 192 da CLT em sua literalidade, anterior à nova ordem constitucional e que por ela, a meu ver, não fora recepcionado, diante da prevalência no nosso ordenamento pátrio do método de interpretação conforme a Constituição.

Ocorre que por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 565714 com repercussão geral, acolhido o voto da Ministra Relatora por unanimidade, o E. STF editou, em 9.5.2009, a Súmula Vinculante n. 4, na qual reconheceu a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como base de cálculo de vantagem percebida pelo empregado, logo, do adicional de insalubridade, verbis: ("[...] Salvo os casos previstos na Constituição Federal, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial)". (Fonte de Publicação DJ 83/2008, p. 1, em 9/5/2008, extraído do site: <http://www.stf.gov.br>).

Considerando a indeclinabilidade da jurisdição imposta ao magistrado pelo preceito inserto no art. 126 do Digesto Processual Civil ("O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito"), a matéria voltou a ser alvo de discussões no meio jurídico, já que a Súmula vinculante mencionada proíbe a vinculação de "vantagem percebida pelo empregado" ao salário mínimo, sem, contudo, estabelecer qualquer base de cálculo, vedando, ainda, a sua substituição por decisão judicial.

Outrossim, o parâmetro provisoriamente estabelecido pelo E. TST, com vistas a resguardar a segurança jurídica almejada pelo instituto da



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

Súmula Vinculante foi novamente abalada em 15 de julho (menos de vinte dias após a publicação pelo E. TST, da Súmula n. 228 e da OJ n. 47 da SDI), quando, por ocasião da apreciação da Reclamação Constitucional n. 6.266, aviada pela Confederação Nacional da Indústria, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes suspendeu liminarmente a aplicação da Súmula n. 228 do TST, ao fundamento de contrariedade à Súmula Vinculante n. 4 do STF, que proíbe a indexação da base de cálculo do adicional de insalubridade por decisão judicial.

Nesse contexto, entendo que o adicional de insalubridade deve ter como base de cálculo a remuneração do trabalhador, já que, à luz da Súmula 4 do E. STF, repita-se, o salário mínimo não pode ser adotado como indexador, sendo que o preceito inserto no artigo 7º, IV e XXIII, da CF revogou o artigo 192 da CLT.

Logo, considerando que a Carta Magna, em seu artigo 7º, XXIII, utiliza o termo "remuneração", e não salário, para qualificar o adicional que deve ser pago pelo trabalho prestado em condições insalubres, reforma-se a r. sentença, para acolher a pretensão obreira, voltada à adoção da remuneração como base de cálculo do adicional de insalubridade, e condenar a parte ré às diferenças daí decorrentes" (fls. 643/660).

A reclamada se insurge contra a decisão, sob o argumento de que o adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário mínimo. Indica violação do art. 192 da CLT, contrariedade à Súmula Vinculante n° 4 do STF e à Súmula 228 do TST. Colaciona arestos. Com razão.

O Supremo Tribunal Federal, em 9.5.2008, editou a Súmula Vinculante n° 4, assim lançada:

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

Buscando adequar a jurisprudência da Corte àquela compreensão, reuniu-se o Tribunal Superior do Trabalho, em sessão plenária, no dia 26.6.2008, e, cancelando a Súmula n° 17 e a OJ n° 2,



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

da SBDI-1 e, ainda, com alteração da OJ n° 47 da SBDI-1, deu nova redação à Súmula 228, então vazada nos seguintes termos:

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante n° 4 da Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo”.

Posteriormente, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, na Medida Cautelar em Reclamação Constitucional n° 6.266/DF, proposta pela Confederação Nacional da Indústria contra o Tribunal Superior do Trabalho, deferiu liminar para suspender a aplicação da Súmula 228. Pontuou “que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou de convenção coletiva”.

Sobreleva rememorar que esta Corte, ao propor nova redação para a Súmula 228, vinculou-se às razões expostas pela eminente Ministra Cármen Lúcia Rocha Antunes, quem, no julgamento que levou à edição da Súmula Vinculante, parecia sinalizar para a possibilidade de se estabelecer diversa base de cálculo para o adicional de insalubridade regido pela CLT (hipótese que não dera ensejo ao julgamento - RE n° 565.714-, como se sabe). Ocorre que Sua Excelência, em momento posterior, acolheu reclamação (Reclamação n° 6.830/PR), proferindo decisão no mesmo norte daquela antes referida, da lavra do Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Assim ocorrendo e ante a imposição maior do art. 5°, LXXVIII, da Constituição Federal, quando assegura a prestação jurisdicional tempestiva, não há como se manter sobrestados os processos que objetivem o tema.

O quadro definido pela Corte Suprema, em sua competência constitucional, recomenda que “o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou de convenção coletiva”.

Neste sentido já decidiu a Eg. SBDI-1:



PROCESSO Nº TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

“RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. [...]. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SÚMULA VINCULANTE 4 DO STF. SALÁRIO-MÍNIMO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADA. Caso em que a decisão da Turma reflete a jurisprudência atual desta Subseção no tocante à base de cálculo do adicional de insalubridade, a qual considera as decisões do Supremo Tribunal Federal, a edição de sua Súmula Vinculante 4 e a suspensão da nova redação da Súmula 228 desta Corte Superior (Reclamações 6.266/DF e 6830/PR). Nesse contexto, na ausência de lei dispondo sobre a base de cálculo do adicional mencionado, e inexistindo norma coletiva fixando critério mais vantajoso, correta a adoção do salário-mínimo como base de cálculo da parcela, nos termos do artigo 192 da CLT, sem que isso implique contrariedade à Súmula 17 a qual foi cancelada ou à Súmula 228 do TST, a qual se encontra suspensa. Recurso de embargos não conhecido” (E-ED-RR-37240-85.2006.5.10.0009, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 13.3.2015).

“RECURSO DE EMBARGOS - REGÊNCIA PELA LEI Nº 11.496/2007 – [...]. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO-MÍNIMO - DESCARACTERIZAÇÃO DO DISSENSO PRETORIANO. Hipótese em que a decisão da Turma reflete a jurisprudência atual da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho no tocante à base de cálculo do adicional de insalubridade, a qual considera as decisões do Supremo Tribunal Federal, a edição de sua Súmula Vinculante nº 4 e a suspensão da nova redação da Súmula nº 228 desta Corte Superior (Reclamações 6.266/DF e 6830/PR). Nesse contexto, na ausência de lei dispondo sobre a base de cálculo do adicional mencionado, e inexistindo norma coletiva fixando critério mais vantajoso, a parcela deve ser calculada sobre o salário-mínimo. Recurso de embargos não conhecido” (E-ED-RR-60300-87.2006.5.10.0009, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 24.10.2014).



PROCESSO Nº TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

No quadro, o adicional de insalubridade conserva a base de cálculo a que aludia a primitiva redação da Súmula 228/TST.

A Corte de origem, ao determinar a incidência do adicional sobre a remuneração do trabalhador, em flagrante contrariedade à Súmula Vinculante nº 4 do STF, violou o art. 192 da CLT.

Conheço do recurso, por violação do art. 192 da CLT.

1.2 - MÉRITO.

Conhecido o recurso, por violação do art. 192 da CLT, dou-lhe provimento, para restabelecer a sentença pela qual a reclamada foi condenada ao pagamento do adicional de insalubridade, em grau médio, calculado com base no valor do salário mínimo.

2 - HORAS "IN ITINERE". DEFINIÇÃO DA DURAÇÃO DO TRAJETO EM NORMA COLETIVA EM 50% DO TEMPO EFETIVAMENTE DESPENDIDO PELO TRABALHADOR - RAZOABILIDADE - POSSIBILIDADE.

2.1 - CONHECIMENTO.

Assim está posto o acórdão:

“Análise conjunta com o tópico de mesmo nome do recurso ordinário da parte ré, ante a identidade das matérias.

Consignou o MMº Juízo a quo:

HORAS IN ITINERE E REFLEXOS

Mesmo antes da vigência do artigo 58, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, era equivocado o entendimento de que as horas de percurso não deviam ser computadas com base no antigo Enunciado 90 do C. TST, porque este não era lei. De fato, não era! Contudo, traduzia já, a nosso ver, interpretação jurisprudencial de preceito legal, qual seja aquele contido no artigo 4º da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual se considera como de serviço efetivo, o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador.

Assim, a afronta ao aludido enunciado configurava, por via reflexa, ofensa direta à lei. Agora, de qualquer modo, a controvérsia resta superada pelo artigo 58, § 2º, da Consolidação



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

das Leis do Trabalho, como salientado alhures. Horas in itinere, portanto, nada mais são do que tempo à disposição do empregador, podendo ser postuladas como extras, sem maiores especificações, sendo o caso, apenas, de aferir se devidas na hipótese.

A lei (artigo 58, § 2º, da CLT) trata as horas in itinere como exceção. Primeiro, estabelece que o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho. Depois ressalva que, se o local for de difícil acesso ou não servido por transporte público e o empregador fornecer a condução, então haverá o cômputo.

A conjunção alternativa utilizada pelo legislador sugere que duas são as situações que obrigam o cômputo na jornada das horas in itinere: local de difícil acesso e local que não seja servido por transporte público. É possível interpretar, portanto, que se o local for de fácil acesso, na zona urbana, por exemplo, mas não houver transporte público, sempre que o empregador fornecesse a condução, teria de pagar horas in itinere.

E aí chegaríamos ao descabro de, em pequenas cidades do interior, em que não haja transporte coletivo urbano, a lei cumprir função oposta à daquela para a qual foi criada, pois empregador nenhum ousaria proporcionar transporte aos trabalhadores, sob pena de, além de oferecer conforto, ter ainda mais onerada sua folha de pagamento.

Ora, aqui, a nosso sentir, faz-se necessária interpretação histórico-teleológica do instituto. Não se pode olvidar que a criação jurisprudencial da hora in itinere, é sabido, foi influenciada justamente pela situação dos trabalhadores rurais e seus longos deslocamentos até as frentes de trabalho.

O que se visou foi, naqueles casos em que a condução é fornecida não para oferecer comodidade ao empregado, mas tão só para viabilizar a atividade econômica do empregador, assegurar àquele um pouco mais de dignidade.



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

A proteção, no caso, volta-se mais para aqueles empregados que são recrutados em localidades diversas e levados para a zona rural, em locais longínquos, não sendo justo que, obrigados a permanecer por longo tempo no interior dos veículos apenas para satisfazer as necessidades do empregador, não sejam remunerados por isto. Parece-nos, assim, que melhor seria que o legislador tivesse usado local de difícil acesso e não servido por transporte público, em vez de valer-se da conjunção alternativa mencionada.

De qualquer modo, abandonando uma vez mais a mera exegese gramatical, é possível afirmar que, embora imbricadas as situações, nem sempre será de difícil acesso um local que não seja servido por transporte público, bem como, mesmo aquele que é servido por transporte público, pode não ter fácil acesso, mormente quando haja incompatibilidade de horários no escasso transporte público existente.

No último contexto, a nosso ver, deve ser entendida a posição consagrada na Súmula 90, II, do TST, no sentido de que a incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada com os do transporte público regular também ensejam o direito ao cômputo das horas *in itinere* na jornada.

Ressalte-se que a lei não menciona sequer transporte público regular, mas transporte público somente. E não se pode olvidar que a mesma Súmula 90, estabelece igualmente que "a mera insuficiência" de transporte público não enseja o pagamento das horas *in itinere* (III), complementando, ainda, no sentido de que, caso haja transporte regular público em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, aquelas só serão devidas em relação ao trecho não alcançado pelo transporte público (IV). Não é possível, assim, fazer análise seccionada do texto, que deve ser entendido no seu conjunto.

Assim, cabe a reclamada provar que o local não era de difícil acesso e servido por transporte público, já que não se presumem tais condições quando o trabalho é desenvolvido fora do perímetro urbano, como no caso da reclamada, tanto que a mesma



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

fornecia condução aos empregados. Esta é a regra, devendo a reclamada provar a exceção. O onus probandi da existência de regular transporte público e facilidade de acesso aos locais de trabalho é da reclamada, nos termos do artigo 818 da CLT e do inciso II do artigo 333 do CPC.

Quanto a previsão de pagamento das horas in itinere em convenção coletiva de trabalho, a reclamada juntou tais normas coletivas às fls. 249/400, as quais estabelecem (a exemplo da cláusula 28ª da CCT 2010/2012, às fls. 237) o pagamento de uma hora diária a título de jornada itinerante, independentemente do tempo efetivamente gasto no transporte, por cada trabalhador rural, e da existência ou não de transporte regular público ou ainda da dificuldade de acesso ao local de trabalho.

Ao prefixar o pagamento de uma hora in itinere por dia trabalhado, os sindicatos profissional e patronal, certamente tomaram por base a média dos deslocamentos, considerando todos os locais de trabalho existentes na reclamada, pois não é crível que o sindicato obreiro iria consentir com a fixação de determinado tempo de deslocamento que fosse prejudicial aos trabalhadores.

Referida cláusula normativa deve ser prestigiada e validada, pois ajustada com a assistência do sindicato profissional, respaldada no artigo 7º, inciso XXVI, da CF/88 e no artigo 58, § 3º, da CLT. Ademais, tal ajuste não suprimiu o direito do trabalhador às horas in itinere, mas apenas fixou um montante numérico, certamente levando em consideração a média dos tempos de deslocamento gastos pelos trabalhadores, para ir e retornar do trabalho.

Neste sentido é o entendimento do TST:

"RECURSO DE REVISTA. HORAS IN ITINERE. SUPRESSÃO DE PAGAMENTO PREVISTA EM NORMA COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE. A limitação de pagamento de horas in itinere prevista em norma coletiva posterior à Lei 10.243/01, que acrescentou o § 2º ao art. 58 da CLT, é inválida. Anteriormente à existência de lei imperativa sobre o tema, mas simples entendimento jurisprudencial (Súmula 90 TST), a



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

flexibilização era ampla, obviamente. Surgindo lei imperativa (n. 10.243, de 19.06.2001, acrescentando dispositivos ao art. 58 da CLT), não há como suprimir-se ou se diminuir direito laborativo fixado por norma jurídica heterônoma estatal. Não há tal permissivo elástico na Carta de 1988 (art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, CF/88). A jurisprudência do TST, nesse quadro, firmou jurisprudência, entretanto, no sentido de que, pelo menos no tocante às horas itinerantes, é possível à negociação coletiva estipular um montante estimativo de horas diárias, semanais ou mensais, pacificando a controvérsia, principalmente em virtude de o próprio legislador ter instituído poderes maiores à negociação coletiva neste específico tema (§ 3º do art. 58 da CLT, acrescido pela LC 123/2006). De todo modo, não é viável à negociação coletiva suprimir o direito, porém apenas fixar-lhe o montante numérico, eliminando a res dúbia existente (quanto ao montante). No caso em tela, conforme ressaltado no acórdão, a norma coletiva suprimiu o direito às horas in itinere, o que, no entendimento desta Colenda Turma, é inviável, haja vista que houve eliminação total da parcela, e não adoção de critério de pagamento. Logo, constata-se que foi contrariada a Súmula 90, I/TST. Recurso de revista conhecido e provido." (PROCESSO N° TST-RR-1195-80.2010.5.24.0000 - 6ª Turma - Relator Ministro Maurício Godinho Delgado - Acórdão publicado no DEJT em 10/12/2010). Grifei

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVIMENTO. HORAS -IN ITINERE-. ACORDO COLETIVO. É preciso prestigiar e valorizar a negociação coletiva assentada na boa-fé, como forma de incentivo à composição dos conflitos pelos próprios interessados. Condições de trabalho e de salário livremente ajustadas, com o objetivo de fixar o alcance de determinada norma, devem ser prestigiadas, sob pena de desestímulo à aplicação dos instrumentos convencionais, hoje alçados ao nível constitucional (art. 7º, XXVI, CF). O Regional, ao decidir correta a sentença que declarou nula a cláusula convencional, violou o art. 7º, inciso XXVI, da Constituição da República. Agravo de



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

Instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. HORAS -IN ITINERE-. NORMA COLETIVA. OFENSA AO ARTIGO 7º, XXVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. O Acordo Coletivo de Trabalho tem força obrigatória no âmbito da empresa que o firmou, regendo os contratos individuais de trabalho dos empregados representados pela entidade sindical. A norma coletiva que limita a percepção de horas in itinere tem plena validade jurídica e deve prevalecer, não obstante seja provada a efetiva existência de horas de percurso em montante superior àquele acordado na norma convencional. Inteligência do artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição da República. Indevidas as horas in itinere. Recurso de Revista de que se conhece, por violação ao art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, e a que se dá provimento." (TST - RR - 51234/2005-669-09-40.3 - 3ª Turma - Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula - Data de publicação: 10/11/2006). Grifei.

Neste mesmo sentido é a jurisprudência deste Egrégio TRT da 15ª Região:

"HORAS 'IN ITINERE'. FIXAÇÃO POR NORMA COLETIVA APÓS A LEI 10.243/2001. POSSIBILIDADE. Havendo norma coletiva firmada entre os sindicatos representativos das categorias econômica e profissional transacionando a respeito da percepção de horas 'in itinere', é de se lhe emprestar toda a eficácia, respeitando-se a autocomposição dos conflitos de trabalho, 'ex vi' do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, mesmo após a inserção do §2º ao artigo 58 da CLT pela Lei 10.243, de 19 de junho de 2001. (Processo TRT/15ª Região nº 02008-2008-070-15-00-5 - Desembargadora Relatora Maria Cecília Fernandes Alvares Leite - Publicado em 17/07/2009).

"I - RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA - HORAS IN ITINERE - TEMPO FIXADO EM NORMA COLETIVA - VALIDADE. Fixado o número de horas de percurso por instrumento normativo celebrado com o sindicato, indevidas as horas além desse limite, sendo nesse sentido a jurisprudência do C. TST. Recurso provido, em parte [ç]" (Processo TRT/15ª



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

Região nº 1394-2007-044-15-00-0 - Juiz Relator José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza - Publicado em 17/07/2009).

Ademais, as normas coletivas devem ser interpretadas em seu conjunto, com base na teoria do conglobamento, de modo que eventual prejuízo, diga-se, apenas aparente, quanto às horas in itinere, restou compensado com a concessão de outros direitos aos trabalhadores, insertos nas normas coletivas.

Portanto, diante da previsão em norma coletiva de trabalho quanto a fixação do montante numérico das horas in itinere, o direito do reclamante está limitado ao ajustado coletivamente, ou seja, ao pagamento de uma hora in itinere por dia de efetivo trabalho.

Os demonstrativos de pagamento de fls. 73/111 comprovam que a reclamada efetuou o pagamento de horas in itinere, conforme estabelecido nas normas coletivas, não tendo o reclamante apontado a existência de diferenças, ônus que lhe incumbia.

Por conseguinte, tendo a reclamada remunerado as horas in itinere conforme previsto nas normas coletivas, não há como acolher o pedido, a fim de deferir o pagamento de horas in itinere além daquelas estabelecidas em norma coletiva.

Por outro lado, no que diz respeito à possibilidade de fixação da natureza jurídica da parcela por via de negociação coletiva, diante da reiterada jurisprudência do C. TST sobre a matéria, declaro a nulidade da norma contida nos instrumentos coletivos que dispõe que as horas de trajeto não integrarão os salários, nem poderão ser computadas como extraordinárias, eis que afronta a previsão legal do parágrafo 2º do artigo 58 da CLT.

Neste sentido é o entendimento da SDI-1 do TST, conforme ementa abaixo transcrita:

"EMBARGOS. HORAS IN ITINERE. NORMA COLETIVA QUE TRAZ PRÉ-FIXAÇÃO/LIMITAÇÃO DO PAGAMENTO DO TEMPO DE PERCURSO E PREVÊ NATUREZA INDENIZATÓRIA DA PARCELA. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. PROVIMENTO PARCIAL DOS EMBARGOS. O artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal impõe a observância do reconhecimento das convenções e



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

acordos coletivos de trabalho, como postulado de direito social inserido no título dos direitos e garantias fundamentais do Texto Constitucional. Esse preceito constitucional contém, assim, regra de alcance objetivo pelo caráter coletivo da norma, não excepcionando os sujeitos que a convencionam, se inseridos ou não no âmbito de aplicação do § 3º do artigo 58 da CLT, para efeito de validade de cláusula relativa a horas de percurso, que não a excluem, tão-somente limitam o tempo de percurso, em face da variação natural que decorre do trajeto realizado por todos os empregados da empresa. De tal modo, deve ser dada validade à cláusula coletiva que estabelecia o pagamento de 1 hora por dia aos empregados, a título de horas in itinere. No entanto, muito embora esta Corte tenha se posicionado quanto à validade da limitação quantitativa das horas in itinere, não se revela razoável permitir que, por meio de negociação coletiva, se atribua natureza indenizatória à parcela, cuja natureza salarial é garantida por norma cogente, nos termos do art. 58, § 2º, da CLT. Embargos conhecidos e parcialmente provido." (Processo: TST-E-RR 873-92.2010.5.09.0092, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Julgamento: 06/06/2013, Órgão Julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Publicação: DEJT 14/06/2013)

Por consequência, acolho o pedido, em parte, para determinar a incidência dos reflexos das horas in itinere pagas, conforme constam nos comprovantes de pagamento, nos DSR's, 13º salários, férias com 1/3 e no FGTS (8%), de forma simples, na forma da OJ nº 394, da SBDI-1, do TST.

Indevidos reflexos na indenização de 40% do FGTS e no aviso prévio, haja vista que o contrato de trabalho continua vigente.

Recorre a parte autora para alegar, em síntese, que: é imperiosa a declaração de nulidade da cláusula "que limita o valor e a quantidade das horas in itinere pagas", "eis que prejudica os empregados que são transportados por trajetos que ultrapassam a hora in itinere paga e determinada no acordo coletivo, isto é, trabalhadores que moram em cidades mais distantes.". Requer que seja declarada nula a cláusula que limita as



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

horas in itinere, bem como a que afasta a natureza salarial da verba sob análise, mediante pagamento habitual, e, via de consequência, condenar a ré a pagar 2 horas extras por dia.

A parte ré, por seu turno, alega que: "O Acordo Coletivo de Trabalho firmado com a representação sindical do Recorrido/Reclamante em nenhum momento faz ressalva a qualquer incidência reflexiva da hora "in itinere", o que permite afirmar que referida verba, não pode gerar reflexos."; "pede-se a reforma da r. sentença para excluir a condenação em reflexos da hora "in itinere". Requer ainda que seja declarada a compensação das verbas já quitadas com as deferidas na sentença, tendo em vista que a reclamada já vem pagando referidos reflexos desde o início do contrato de trabalho, conforme se pode apurar pelos comprovantes de pagamento salarial anexos."

Na petição inicial, o reclamante pretende o recebimento de horas in itinere com o respectivo adicional, inclusive reflexos, alegando que o tempo de percurso durava aproximadamente 2 horas (ida e volta).

Em defesa, a ré alegou que pagava 1 hora diária de horas itinerantes, com base em normas coletivas, independentemente do tempo dos trajetos.

Incontroverso que a autora se utilizava de condução fornecida pela empregadora, para o transcurso de ida e volta do trabalho, tanto é que a ré procedia ao pagamento mensal a título de "horas in itinere" (de forma simples, isto é, sem o acréscimo do adicional, sem reflexos e sem integração na jornada de trabalho do reclamante), conforme recibos de pagamento de fls. 73 e ss., de forma que presentes os requisitos objetivos caracterizadores do direito, quais sejam, a prestação de serviço em local de difícil acesso, não servido por transporte público.

Os ACTs colacionados dispõem que (§ único da cláusula 19 do ACT 2006/2008, e.g.) :

(...) os trabalhadores rurícolas, assim entendidos aqueles que exercem suas funções diretamente nas atividades gerais das lavouras ... receberão, por liberalidade do empregador, limitada em até uma hora diária a título de jornada itinerante, independentemente do tempo efetivamente gasto no transporte e da existência ou não de transporte público regular, ou da dificuldade de acesso ao local de trabalho. Tal pagamento não



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

integrará o salário e nem gerará qualquer efeito contratual e legal e nem será considerado como jornada extraordinária."

Não obstante houvesse o pagamento de 1 (uma) hora diariamente, a própria testemunha da reclamada, Sr. Mário, afirmou que o trajeto para chegar ao local de trabalho poderia ser feito em até 1h30, corroborando o depoimento da testemunha obreira, Sr. Derivaldo.

Por outra via, não sobressai válida a norma coletiva no ponto em que restringe direito mínimo garantido em Lei, mormente quando não demonstrada qualquer contrapartida vantajosa na renúncia do direito. Não há nesse fato, a meu ver, ofensa aos artigos 4º, in fine, da CLT e 7º, XXVI, da CRFB, que determina o reconhecimento dos instrumentos normativos, pois o caput do preceito constitucional qualifica o direito garantido ao trabalhador como aqueles que visem à melhoria de sua condição social, não sendo esta a interpretação conferida a cláusula que limita o direito.

As fontes formais autônomas de Direito do Trabalho, consubstanciadas em Convenção Coletiva de Trabalho ou Acordo Coletivo de Trabalho, têm reconhecimento obrigatório, com espeque no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, quando não violarem direito mínimo previsto na legislação. A flexibilização de direitos fundamentais, de ordem pública, só é admitida quando não fira direitos mínimos e autorizada por lei ou acordo coletivo de trabalho e, ainda assim, desde que sua adoção tenha, como fundamento, contrapartida compensatória ou razão plausível. Vale ressaltar que a prevalência do negociado sobre o legislado sofre notória restrição quando se trata de norma de ordem pública, como in casu, haja vista que a hora in itinere visa a compensar o tempo de deslocamento, estabelecendo contraprestação ao período à disposição do empregador.

Na voz da i. doutrinadora ALICE MONTEIRO DE BARROS:

(...) as normas de Direito do Trabalho são, ainda, na maioria, imperativas, garantistas, irrenunciáveis, limitando o Estado a autonomia da vontade em face da necessidade de proteger o economicamente fraco. A disponibilidade de direitos sofre limitações, quer no tocante à renúncia, quer no tocante à transação, pois de nada adiantaria o ordenamento jurídico assegurar ao empregado garantias mínimas e depois deixar esses direitos subordinados à vontade do empregador. A



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

irrenunciabilidade manifesta-se não só pelo seu caráter irrevogável constante do preceito legal, mas também por meio da declaração de nulidade de todo ato cujo objetivo é estabelecer solução diferente da estipulada pelo legislador. A forma de irrenunciabilidade decorre do próprio conteúdo da norma. Quanto à renúncia tácita ou presumida, a maioria dos autores, aos quais me filio, não a admite. (...) Outro aspecto ligado à renúncia diz respeito ao fato de poder ou não ser ela efetuada por meio de convenção coletiva. A Carta de 88 tornou a renúncia mais flexível, porém apenas no art. 7º, VI, XIII e XIV, os quais não comportam interpretação extensiva.

Mais adiante, ao concluir o trabalho voltado sobre a temática - Flexibilização e Garantias Mínimas, a mesma autora (Idem p. 24.) enfatiza:

(...) Percebe-se que medidas flexibilizadoras foram adotadas pelo Direito do Trabalho Brasileiro, mas os princípios clássicos mencionados ainda inspiram o sentido de suas normas, reafirmando o garantismo constitucional. Esse garantismo coexiste com o princípio da dignidade humana inserido no art. 1º, II, da CF, evidenciando que o primeiro fundamento do valor do trabalho é o próprio homem. Esse princípio da dignidade humana não se confunde com o princípio da proteção, pois é superior a ele. Trata-se de elevar a consideração da pessoa que trabalha aos mesmos níveis das que utilizam seus serviços (SYNTHESIS - Direito do Trabalho Material e Processual, Revista Semestral, nº 29/99, São Paulo, p. 23).

Neste contexto, incontroverso que as horas "in itinere" foram pagas sem considerar o conjunto remuneratório do obreiro, tampouco foram acrescidas do adicional extraordinário e não geraram reflexos, subsistem diferenças, corretamente deferidas pela r. sentença.

Mantida a decisão primeira, nesse aspecto, remanescem os reflexos deferidos, bem assim a incidência do FGTS, por consectários, nos termos já determinados na origem.

Doutra banda, a prova oral dá guarida à pretensão obreira, no sentido que o tempo de deslocamento para a o trabalho, e vice-versa, totalizava aproximadamente 2h.



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

Assim, não prevalece a pactuação da jornada *in itinere* de 1h diária, prevista em acordo coletivo, que guarda proporção inferior ao tempo constatado na realidade de labor, no qual se evidenciou lapso de 2h diárias.

Ante o exposto, reforma-se, em parte, a r. sentença, para deferir as horas *in itinere* durante toda a contratualidade, no importe de 2h diárias, observando os demais parâmetros definidos na r. sentença.

Defere-se o abatimento de eventuais valores comprovadamente pagos sob o mesmo título, de forma global (OJ 414 do C. TST), a fim de evitar locupletamento ilícito do reclamante” (fls. 662/672).

A reclamada defende a validade da norma coletiva que limitou o pagamento do tempo gasto com o percurso, uma vez que concedidos outros benefícios aos trabalhadores. Indica, ainda, violação dos arts. 4º da CLT e 7º, XXVI, da Constituição Federal. Maneja divergência jurisprudencial.

Até a edição da Lei nº 10.243/2001, o conceito de horas *in itinere* decorria de construção jurisprudencial, extraída do art. 4º da CLT, não havendo, à época, preceito legal que, expressamente, normatizasse o instituto.

Estavam os atores sociais, em tal conjuntura, livres para a negociação coletiva em torno da matéria, possibilidade inúmeras vezes reiterada por esta Corte.

Modificou-se a situação com o diploma legal referido, quando acresceu ao art. 58 da CLT o § 2º, assim redigido:

“Art. 58 ...

...

§ 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.”

A matéria alcançou tessitura legal, incluindo-se a remuneração das horas *in itinere* entre as garantias mínimas asseguradas aos trabalhadores.



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

Desta forma, não tenho dúvidas em afirmar a impossibilidade de se fixar a ausência de remuneração do período gasto em trajeto.

Com efeito, não há como se cancelar a supressão de direito definido em Lei, pela via da negociação coletiva. Além de, em tal caso, estar-se negando a vigência, eficácia e efetividade de norma instituída pelo Poder Legislativo, competente para tanto, ofender-se-ia o limite constitucionalmente oferecido pelo art. 7º, VI, da Carta Magna, que, admitindo a redução de salário, não tolerará a sua supressão.

Em tal sentido, com extrema adequação, tem decidido o Tribunal Superior do Trabalho:

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. MOTORISTA. HORAS EXTRAS. SUPRESSÃO. NORMA COLETIVA. INVALIDADE.

1. Embora, em princípio, devam ser observados os regramentos fruto de negociação coletiva, em observância ao princípio da autonomia das vontades coletivas, consagrado no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, não se pode admitir a prevalência das normas coletivas quando estas importam em verdadeira renúncia a direitos assegurados em normas de indisponibilidade absoluta. 2. É o que ocorre no caso dos autos, em que, a teor do acórdão turmário, o instrumento coletivo isenta o empregador do pagamento de horas extras a seus motoristas à vista do pagamento de comissões-, colidindo frontalmente com o disposto no art. 7º, XVI, da Constituição Federal. 3. Não altera tal conclusão, pela invalidade da cláusula coletiva mediante a qual suprimido o pagamento de horas extras, a concessão à categoria de vantagem financeira supostamente compensatória - no caso, comissões -, mormente tendo em mira que o direito à remuneração do serviço extraordinário superior à do normal constitui medida de saúde e segurança do trabalho e que a extrapolação da jornada laboral, por implicar em desgaste físico e mental, potencializa os riscos inerentes aos serviços prestados pelos motoristas, relativos à possibilidade de vir a sofrer acidente automobilístico .Recurso de embargos conhecido e desprovido” (E-ED-RR - 98900-18.2006.5.15.0017, SBDI-1, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 3.10.2014).



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. HORAS *IN ITINERE*. SUPRESSÃO. NORMA COLETIVA. INVALIDIDADE. 1. O princípio do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, consagrado no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República, apenas guarda pertinência com aquelas hipóteses em que o conteúdo das normas pactuadas não se revela contrário a preceitos legais de caráter cogente. 2. O pagamento das horas *in itinere* está assegurado pelo artigo 58, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, norma que se reveste de caráter de ordem pública. Sua supressão, mediante norma coletiva, afronta diretamente a referida disposição de lei, além de atentar contra os preceitos constitucionais assecuratórios de condições mínimas de proteção ao trabalho. Resulta evidente, daí, que tal avença não encontra respaldo no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República. 3. Recurso de embargos conhecido e não provido” (E-ED-RR - 4076-45.2011.5.12.0027, SBDI-1, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, 26.9.2014).

“EMBARGOS REGIDOS PELA LEI N° 11.496/2007. HORAS *IN ITINERE*. SUPRESSÃO. ACORDO COLETIVO. INVALIDIDADE. NÃO PROVIMENTO. 1. É cediço que a Constituição Federal, por meio do artigo 7º, XXVI, prestigia a negociação coletiva, ao reconhecer a validade das convenções e dos acordos coletivos de trabalho, nos quais os atores sociais podem flexibilizar as condições de trabalho. Trata-se do princípio da autonomia privada negocial coletiva. 2. O referido princípio, contudo, não é absoluto, uma vez que encontra limites nos princípios e normas que compõem o ordenamento jurídico como um todo. 3. Nesse contexto, após a edição da Lei nº 10.243/2001, que deu redação ao § 2º do artigo 58 da CLT, considera-se inválida a cláusula coletiva que suprime o pagamento de horas *in itinere*, por se tratar de direito decorrente de lei, o qual não pode ser retirado por meio de negociação coletiva. 4. Recurso de embargos de que se conhece e a que se nega provimento” (E-ED-RR - 308-97.2012.5.03.0069, SBDI-1, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 22.8.2014).



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

“EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. HORAS *IN ITINERE*. NEGOCIAÇÃO POR NORMA COLETIVA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. SUPRESSÃO DO CÔMPUTO NA JORNADA DE TRABALHO. As horas *in itinere*, porque consideradas tempo à disposição do empregador (arts. 4º e 58, § 2º, da CLT), computam-se na jornada de trabalho, razão pela qual são remuneradas como horas extraordinárias, nos termos da Súmula nº 90, V/TST. Protegida por norma de saúde e segurança do trabalho, de alcance constitucional (art. 7º, XVI) a remuneração mínima do trabalho extraordinário é infensa à autonomia privada coletiva. Logo, é inválida a cláusula de acordo coletivo que dispõe sobre a natureza indenizatória das horas *in itinere* e suprime o seu cômputo na jornada de trabalho. Precedentes desta Subseção. Recurso de embargos conhecido por divergência jurisprudencial e não provido” (E-RR - 340-45.2012.5.09.0325, SBDI-1, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 22.8.2014).

Para o caso dos autos, aplica-se a orientação dos itens I e II da Súmula 90 do TST:

“I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho (ex-Súmula nº 90 – RA 80/78, DJ 10.11.1978)

II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas ‘*in itinere*’.”

No caso em apreço, conforme se depreende do acórdão regional, a norma coletiva delimitou o tempo do percurso em uma hora diária, em detrimento do efetivamente gasto, de duas horas diárias.

Discute-se, nos autos, a validade de norma coletiva que fixou as horas de percurso em tempo inferior àquele efetivamente gasto pelo trabalhador no trajeto até o seu posto de trabalho e no retorno ao seu lar.



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

Em regra - e a experiência o confirma -, a definição da duração do tempo gasto em percurso exige nem sempre tranquilas provas e pesquisas. Por outro lado, também não serão uniformes os valores devidos a todos os trabalhadores que se desloquem em tais circunstâncias.

Atenta a esse cenário, esta Corte havia firmado entendimento no sentido de que, convindo às categorias interessadas, dentro da dialética inerente ao conglobamento, estabelecer duração única para a apuração de horas *in itinere*, desta forma devidas a todo o universo de trabalhadores alcançados, nenhum ilícito remanescerá, resguardado que permanece o direito à percepção da parcela.

No entanto, a Eg. SBDI-1 do TST tem-se posicionado pela viabilidade da limitação das horas de percurso por meio de norma coletiva, desde que resguardados a razoabilidade do quanto ajustado e o equilíbrio entre o pactuado e a realidade fática.

Nessa esteira, a estipulação do tempo gasto pelo trabalhador no trajeto até o trabalho e no retorno ao lar há de observar critérios de razoabilidade, sob pena de, a pretexto de se negociar direitos dos trabalhadores, lhes retirar aqueles que compõem as garantias mínimas anteriormente citadas, o que não se tolerará. Com efeito, não há como se cancelar a supressão de direito definido em Lei, pela via da negociação coletiva.

Na hipótese dos autos, não há como se invalidar a cláusula normativa que fixa em 50% o tempo efetivamente gasto pelo empregado no trajeto para alcançar o seu posto de trabalho e em seu retorno para casa.

Nesse contexto, o ajuste realizado guarda feições de negociação da duração do trajeto por meio de norma coletiva, e não de supressão do direito dos trabalhadores.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

“RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. HORAS IN ITINERE. INSTRUMENTO COLETIVO FIXANDO O NÚMERO DE HORAS A SEREM PAGAS EM QUANTIDADE BEM INFERIOR AO TEMPO GASTO NO TRAJETO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. Discute-se a validade de norma coletiva em que se pactua o pagamento de valor fixo bem inferior ao tempo efetivamente gasto em horas in itinere, atinente a período posterior à edição da Lei 10.243/2001. Todo o ordenamento trabalhista está fundado no pressuposto de a norma estatal assegurar o mínimo de proteção ao trabalhador, ou seja, uma base de direitos que garante a dignidade do trabalho humano. Não há uma norma legal que esgote a proteção ao empregado, pois ela sempre prescreverá a proteção mínima, e tudo o mais poderá ser acrescido por meio da negociação coletiva, do regulamento de empresa, do contrato. Em relação às horas in itinere, e com base no princípio da proporcionalidade, que tem força normativa, pode a negociação ajustar esse tempo de percurso, desde que seja proporcional, atribuindo-se ao juiz, em todas as instâncias judiciais, a possibilidade de dizer se há ou não tal proporcionalidade. O que empresta validade à norma coletiva não é a possibilidade de ela reduzir direito indisponível (a remuneração do tempo de itinerário que integra a jornada), mas uma delimitação preventiva do tempo médio de deslocamento, fato gerador desse direito. E no caso concreto constata-se que não se estaria delimitando o tempo de percurso, mas sim suprimindo claramente o direito absolutamente indisponível que diz respeito à remuneração de jornada de trabalho. Isso porque foi pactuado o pagamento de vinte minutos a título de horas in itinere, enquanto o autor despendia duzentos e dez minutos (três horas e trinta minutos) em deslocamento por dia de trabalho. Essa circunstância revela a ausência de razoabilidade e proporcionalidade entre o tempo efetivamente gasto no percurso e a previsão normativa, em evidente afronta ao princípio da irrenunciabilidade do direito à remuneração de toda a jornada. Esta Subseção vinha considerando válida norma coletiva que fixa previamente a quantidade de horas in itinere, atendendo ao princípio da prevalência das normas coletivas, consagrado no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal. No entanto, o entendimento quanto ao tema evoluiu no sentido de adotar o critério da razoabilidade como parâmetro a ser observado em cada caso concreto. Há precedentes. Recurso de embargos conhecido e não provido” (E-RR - 42-94.2013.5.15.0149, SBDI-1, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 12.9.2014).



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

“EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA - PROCESSO ELETRÔNICO - HORAS IN ITINERE. NORMA COLETIVA. LIMITAÇÃO. DESPROPORÇÃO. INVALIDADE. Nos termos da jurisprudência desta Subseção, a norma coletiva que limita o direito do empregado ao pagamento das horas in itinere deve guardar razoável proporção com a realidade, não sendo admissível a fixação de tempo excessivamente reduzido em relação ao efetivamente gasto. No caso, o Reclamante despendia aproximadamente 3 (três) horas no deslocamento casa/trabalho/casa, enquanto a norma coletiva limitou o pagamento a apenas 1 (uma) hora diária. Nesse contexto, tem-se por inválida a referida norma, pois patente a inobservância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Recurso de Embargos conhecido e desprovido” (E-RR - 80-22.2011.5.09.0092, SBDI-1, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 12.9.2014).

“EMBARGOS REGIDOS PELA LEI N° 11.496/2007. ACORDO COLETIVO QUE FIXA O NÚMERO DE HORAS IN ITINERE A SEREM PAGAS INFERIOR À METADE DO TEMPO REAL GASTO NO TRAJETO. INVALIDADE. CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE. As normas coletivas de trabalho devem ser resultado de concessões recíprocas entre as partes convenientes, mas não podem ser utilizadas para estabelecer condições menos favoráveis aos empregados do que aquelas previstas na lei, pois o inciso XXVI do artigo 7º da Constituição da República, que institui como direito fundamental dos trabalhadores o -reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho-, deve ser interpretado e aplicado em consonância com o caput daquele mesmo preceito constitucional, que preceitua, claramente, que seus incisos somente se aplicam para fixar um patamar mínimo de direitos sociais, -além de outros que visem à melhoria de sua condição social-. Diante disso, esta SBDI-1, em recente decisão e por significativa maioria, voltou a consagrar o entendimento de que, a despeito da possibilidade de prefixação das horas in itinere por meio de norma coletiva, a limitação deve ser razoável, de forma a não causar maior prejuízo ao empregado, adotando-se o critério de que o limite de horas in itinere a serem pagas não poderá ser inferior a metade do tempo efetivamente gasto no percurso, sob pena de se configurar renúncia a direito, não admitida no



PROCESSO Nº TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

Direito do Trabalho (E-ED-RR - 46800-48.2007.5.04.0861, de relatoria do Ministro João Batista Brito Pereira, julgado em 8/8/2013, publicado no DeJT de 6/9/2013). No caso dos autos, segundo registrado na decisão ora embargada, o trabalhador gastava três horas e vinte minutos no percurso de sua casa ao local de trabalho e vice-versa, tendo sido fixado, em acordo coletivo, o limite de pagamento de apenas uma hora de percurso por dia, de modo que o empregado arcava com o prejuízo de duas horas e vinte minutos in itinere por dia, não se podendo considerar razoável a limitação havida. Embargos conhecidos e desprovidos. [...]” (E-RR - 172400-21.2008.5.09.0242, SBDI-1, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 5.9.2014).

“RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI Nº 11.496/2007. HORAS IN ITINERE. LIMITAÇÃO MEDIANTE NORMA COLETIVA. REDUÇÃO PARCIAL DAS HORAS DE PERCURSO A PAGAR EM RELAÇÃO AO TEMPO EFETIVAMENTE GASTO. NECESSIDADE DE HARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. EMPREGADO QUE DESPENDIA DUAS HORAS NO TRAJETO. NORMA COLETIVA QUE GARANTE APENAS TRINTA MINUTOS. INVALIDADE. Esta colenda SBDI-1, no tocante à limitação de horas in itinere mediante norma coletiva, consagrou entendimento segundo o qual deve prevalecer a norma coletiva celebrada com a participação do sindicato representativo da categoria dos trabalhadores, com fundamento na livre estipulação entre as partes, desde que respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no ajuste, bem como o equilíbrio entre o convencionado e a realidade dos fatos, visando a imprimir efetividade ao postulado do valor social do trabalho, inscrito no art. 1º, IV, da Constituição Federal. Assim, firmou-se o posicionamento no sentido de que, para se evitar a supressão ou mesmo a renúncia de direitos, não há como validar norma coletiva que fixa horas de deslocamento de ida e volta ao local de trabalho em quantidade significativamente inferior ao tempo real despendido no trajeto, com valor menor ao devido, quando não preservados ao menos 50% do tempo efetivamente gasto no percurso. Na hipótese concreta, o empregado despendia duas horas no trajeto, ao passo que a norma coletiva garantia a



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

remuneração de apenas trinta minutos diários. Logo, tem-se por inválida a pactuação coletiva, por não traduzir a necessária harmonia com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não se tratando de mera limitação, mas de efetiva supressão de direito. Precedentes. Recurso de embargos conhecido, por divergência jurisprudencial, e não provido” (E-RR - 904-44.2012.5.09.0092, SBDI-1, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 22.8.2014).

“HORAS IN ITINERE. RURÍCOLA. NORMA COLETIVA. VALIDADE. PREFIXAÇÃO DO QUANTITATIVO DE HORAS DE PERCURSO. TEMPO EFETIVAMENTE GASTO NO TRAJETO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE 1. A jurisprudência da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST confere validade às normas coletivas que fixam previamente o quantitativo de horas in itinere, desde que haja razoabilidade e proporcionalidade em face do tempo efetivamente despendido no trajeto de ida e volta, descartada, em todo caso, a pretexto de limitação das horas de percurso, a supressão do direito assegurado por lei. 2. Segundo critério consolidado no âmbito da SBDI-1 do TST, carece de razoabilidade a prefixação de um tempo médio de percurso inferior à metade (50%) do tempo real. Precedentes. 3. Embargos de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se nega provimento” (E-RR - 172100-59.2008.5.09.0242, SBDI-1, Relator Ministro João Oreste Dalazen, DEJT 22.8.2014).

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. HORAS IN ITINERE. LIMITAÇÃO. NORMA COLETIVA. INVALIDADE. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE DO ATO NEGOCIAL. ATRIBUIÇÃO DE NATUREZA INDENIZATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O direito ao pagamento das horas de percurso encontra-se assegurado no artigo 58, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que constitui norma de ordem pública, relacionada com a duração da jornada de trabalho e, por conseguinte, com a higiene e segurança do trabalho. Afigura-se inadmissível a transação que importe em renúncia a direito previsto em norma trabalhista de caráter cogente, com manifesto prejuízo para o empregado. 2. A



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

jurisprudência desta Corte superior, no entanto, vem admitindo a possibilidade de a norma coletiva estabelecer tempo fixo para fins de pagamento das horas de percurso desde que tal limite guarde proporcionalidade e razoabilidade em relação ao tempo efetivamente gasto no deslocamento. Do contrário, a avença traduziria prejuízo irreparável ao empregado e, portanto, renúncia ao direito, tornando ineficaz a proteção outorgada pela norma de natureza cogente. Pode-se dizer que a quebra da proporcionalidade e da razoabilidade - como no caso concreto, em que negociado o pagamento de uma hora de deslocamento, quando o tempo efetivamente gasto no percurso perfazia, em média, duas horas e vinte minutos (supressão de mais de 57%) - corresponde, na prática, à supressão do direito. 3. De outro lado, admitida a existência de horas de percurso, a jurisprudência deste Tribunal Superior tem-se firmado no sentido de que resulta inválida a cláusula constante de norma coletiva mediante a qual se estabelece natureza indenizatória à parcela. Com efeito, as horas de percurso têm nítida natureza salarial, porquanto, nos termos da Súmula n.º 90 desta Corte superior, são computáveis na jornada de trabalho e, havendo extrapolação da jornada pactuada, são consideradas como extras, sendo devido o pagamento do respectivo adicional. Resulta inválida, dessarte, a norma coletiva mediante a qual se afasta a integração das horas in itinere ao salário do empregado. 4. Num tal contexto, diante do quadro fático revelado nos autos, conclui-se que a decisão proferida pelo Tribunal Regional, no sentido de não dar prevalência à cláusula coletiva relativa às horas in itinere sobre a norma legal, não viola a literalidade do artigo 7º, XXVI, da Constituição da República. Precedentes da SBDI-I. 5. Recurso de embargos conhecido e não provido” (E-RR - 170-10.2011.5.09.0325, SBDI-1, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, DEJT 15.4.2014).

“RECURSO DE EMBARGOS. HORAS IN ITINERE - INSTRUMENTO COLETIVO FIXANDO O NÚMERO DE HORAS A SEREM PAGAS EM QUANTIDADE INFERIOR A 50% DO TEMPO EFETIVAMENTE GASTO NO PERCURSO - INVALIDADE - EQUIVALÊNCIA À RENÚNCIA. Recentemente, na sessão do dia 08/08/2013, esta SBDI-1 estabeleceu critério objetivo no sentido de se considerar inválida norma coletiva que fixa o período de percurso em



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

percentual inferior a 50% do tempo efetivamente gasto, por considerar que nestas hipóteses o direito à livre negociação coletiva foi subvertido, ante a justificada impressão de que, na realidade, não houve razoabilidade no ajuste efetuado pelas partes. Nesses casos (tal qual na hipótese dos autos, em que o reclamante despendia 3 horas e 30 minutos por dia e recebia apenas 20 minutos diários pelo tempo de percurso), em face da manifesta inexistência de concessões recíprocas pelos seus signatários, frente o desequilíbrio entre o pactuado e a realidade dos fatos, beneficiando apenas o empregador, entende-se que não há concessões mútuas, mas, tão somente, mera renúncia do empregado ao direito de recebimento das horas concernentes ao período gasto no seu deslocamento de ida e volta ao local de suas atividades laborais. Recurso de embargos conhecido e desprovido” (E-RR - 468-43.2012.5.15.0149, SBDI-1, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 11.4.2014).

“HORAS IN ITINERE. DEFINIÇÃO DE NÚMERO FIXO DE HORAS A SEREM PAGAS. DIFERENÇA ENTRE O TEMPO REAL DESPENDIDO NO PERCURSO E O NÚMERO FIXO PREVISTO NO ACORDO COLETIVO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. Com fundamento no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República, esta Corte vem prestigiando a autonomia da negociação coletiva na definição de um número fixo de horas in itinere a serem pagas. Eventual diferença entre o número de horas fixas e o número de horas efetivamente despendidas no trajeto pode ser tolerada, desde que respeitado o limite ditado pela proporcionalidade e pela razoabilidade na definição do número fixo de horas a serem pagas, com o fim de não desbordar para a supressão do direito do empregado, se a negociação resultar na fixação de uma quantidade de horas inferior a 50% do tempo real despendido no percurso. Extraí-se do acórdão proferido pela Turma que o tempo efetivo de deslocamento do reclamante era de 2 (duas) horas diárias e que a norma coletiva limitou o pagamento de horas in itinere a 1 (uma) hora por dia, revelando que o tempo previsto na norma respeita o limite de 50% do tempo despendido pelo reclamante no percurso, constatando a observância do critério da proporcionalidade. Portanto, válida a norma coletiva. [...]” (E-RR - 74-18.2011.5.09.0091, SBDI-1, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, DEJT 21.2.2014).



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

“A) AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. HORAS "IN ITINERE". MONTANTE NUMÉRICO PREVISTO EM NORMA COLETIVA (ART. 58, § 3º, CLT). POSSIBILIDADES E LIMITES DA REGRA COLETIVA NEGOCIADA (CCTs e ACTs). Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor análise da arguição de violação do art. 7º, XXVI, CF, suscitada no recurso de revista. Agravo de instrumento provido.

B) RECURSO DE REVISTA. HORAS "IN ITINERE". MONTANTE NUMÉRICO PREVISTO EM NORMA COLETIVA (ART. 58, § 3º, CLT). POSSIBILIDADES E LIMITES DA REGRA COLETIVA NEGOCIADA (CCTs e ACTs). A negociação coletiva trabalhista pode criar vantagens materiais e jurídicas acima do padrão fixado em lei, modulando a natureza e os efeitos da vantagem inovadora instituída. Contudo, regra geral, não tem o poder de restringir ou modular vantagens estipuladas por lei, salvo se esta efetivamente assim o autorizar. No caso das horas in itinere, estão instituídas e reguladas pela CLT, desde o advento da Lei nº 10.243, de 2001 (art. 58, §2º, CLT), sendo, portanto, parcela imperativa, nos casos em que estiverem presentes seus elementos constitutivos. Entretanto, o §3º do mesmo art. 58 da CLT, inserido pela Lei Complementar nº 123/2006, autorizou à negociação coletiva fixar o tempo médio despendido, a forma e a natureza da remuneração, permitindo assim certo espaço regulatório à negociação coletiva trabalhista nesse específico tema. Naturalmente que não pode o instrumento coletivo negociado simplesmente suprimir a parcela, nem lhe retirar o caráter salarial ou até mesmo excluir a sobre remuneração do adicional mínimo de 50%. Pacificou a SDI-1 do TST, também, que se situa na margem aberta à negociação coletiva a abstrata estimativa do tempo médio pré-agendado, sabendo-se que esse tempo não leva em conta situações individualizadas, porém o conjunto da dinâmica da(s) empresa(s) envolvida(s), com as inúmeras e variadas distâncias existentes ao longo dos pontos de acesso e frentes de trabalho. Nesta medida, a SDI-I, em princípio, não considera pertinente o cotejo da situação individual dos autos com o específico tempo médio apurado em contraponto à estimativa temporal coletivamente negociada. Evidentemente, contudo, se o tempo médio fixado



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

no ACT ou CCT revelar-se manifestamente abusivo, sendo indisfarçável artifício de efetiva supressão do direito, por sua grosseira desproporcionalidade e irrazoabilidade, não há como manter-se hígida a cláusula fixada no instrumento coletivo negociado. Na hipótese, segundo o critério fixado pela SDI-1 do TST, o tempo de duas horas ao dia prefixado em norma coletiva não se mostrou abusivo em relação ao tempo efetivamente gasto pela trabalhadora no trajeto (3 horas), razão pela qual prospera o inconformismo da Reclamada, impondo-se respeito ao acordo firmado entre as partes. Porém, não se acata a regra convencional que retira o caráter salarial da verba e respectivos reflexos. Precedentes. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido” (RR - 2008-21.2011.5.05.0641, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 31.3.2015).

“RECURSO DE REVISTA. HORAS IN ITINERE. DIFERENÇAS. TEMPO FIXADO POR NORMA COLETIVA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE OBSERVADOS. VALIDADE. Esta colenda Corte tem firmado entendimento no sentido de reconhecer a validade da norma coletiva que tenha contado com a participação sindical da categoria que representa os empregados, porém, tal ajuste não pode ocorrer de forma livre e sem que sejam respeitados certos parâmetros, como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Tendo em vista a preservação do cerne dos direitos trabalhistas, necessária se faz a invalidação da cláusula normativa quando não preservados ao menos 50% (cinquenta por cento) do tempo efetivamente gasto no percurso. Na hipótese em exame o tempo de percurso fixado na norma coletiva é de 18 (dezoito) minutos diários por trecho, enquanto a decisão da egrégia Corte Regional entende que são devidos mais 7 (sete) minutos diários por trecho, de modo a atingir a totalidade de 25 (vinte e cinco) minutos diários por trecho. Nesse contexto, com amparo no artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal, que prestigia e valoriza a negociação coletiva, não há como se invalidar cláusula que prevê o pagamento de 18 (dezoito) minutos diários por trecho, equivalente à aproximadamente 75% (setenta e cinco por cento) do tempo que é efetivamente gasto no caso concreto. Tratando-se de mera limitação do tempo de percurso, levada a efeito por norma coletiva, que respeita os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, impõe-se o



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

reconhecimento de sua validade, na forma do inciso XXVI do artigo 7º da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido por divergência jurisprudencial e provido” (RR - 77-88.2011.5.03.0042, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 6.2.2015).

Embora se possa compreender o valor jurídico que a Corte de origem pretendeu proteger, a decisão, quanto ao critério da razoabilidade, viola o art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal.

Assim, conheço do recurso, por violação do dispositivo constitucional supracitado.

2.2 - MÉRITO.

Conhecido o recurso por ofensa ao art. 7º, XXVI, da Constituição da República, no mérito, dou-lhe provimento, para excluir da condenação o pagamento das horas *in itinere* e reflexos.

3 - INTERVALO INTRAJORNADA.

3.1 - CONHECIMENTO.

Eis os termos do acórdão:

“Argumenta o autor que: "Conforme a instrução do feito o início da jornada se dava 14:00 horas, quando o autor entrava na condução fornecida pela empresa. Em vários dias, vemos que o autor saía do após a 01:40 hora da manhã (FLS. 140 e 146 por exemplo)!! E após sair do labor, somente retornava a sua residência as 03:00 horas da manhã NO MÍNIMO, o que viola a regra do artigo 66 da CLT.". Disse, ainda, que "basta uma análise dos cartões de ponto juntados para verificarmos que o autor por vários momentos mudou de período de labor, sendo que por vezes atuava no período diurno e outras vezes no período noturno."; "mesmo havendo permanência do autor por alguns meses na mesma função, esta fator não pode ser suficiente para impedir a configuração do chamado turno de revezamento, vez que houve sim a mudança e o legislador defere ao trabalhador jornada menor quando verifica que esta alteração traz conseqüências ao relógio biológico, como ocorreu neste caso. Requer, assim, que a ré seja condenada a pagar horas extras pela violação do intervalo previsto no artigo 66 da CLT, bem como



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

devido ao fato de trabalhar em turnos ininterruptos de revezamento, fazendo jus a horas extras como sendo as que extrapolam a 6ª diária e 36ª semanal.

A reclamada, por sua vez, aduz que: "não há nenhum motivo para entender que o intervalo fruído pelo autor não é o intervalo constante do cartão ponto."; "a jornada do trabalho do autor se dava dentro dos limites legais, observando-se rigorosamente os horários de entrada e saída dos serviços e o horário de uma hora para refeição e descanso, além dos quarenta minutos de intervalo para o café.". Disse, também, que: "a lei 5889/73 determina a observância dos usos e costumes da região, no que se refere ao intervalo intrajornada, sendo que a concessão de um intervalo é obrigatória, porém, não exclui a possibilidade de existência de mais de um intervalo, se esse for o costume da região."; o "intervalo para descanso e refeição respeitava no mínimo os 60 minutos intrajornada. As testemunhas arroladas não titubearam em afirmar que havia uma hora de intervalo. Se o reclamante diz não ter usufruído, o fez por conta e risco, descabendo assim onerar a reclamada e invalidar o banco de horas por conta de conduta dolosa do reclamante.". Alegou, por fim, que "o reflexo das horas extras não merece prosperar eis que o mesmo rotineiramente não laborava em horas extras, ademais, se eventualmente tal fato ocorresse haveria o seu rendimento adicional através do sistema de produção uma vez que o piso salarial à ele era garantido. Tais reflexos, portanto não encontram sustentabilidade para condenação e pagamento.". "Requer a reforma da sentença, a fim de que seja excluída a condenação em horas extras e horas extras intervalares e, em respeito à simetria das provas produzidas, requer-se a reforma da decisão hostilizada, determinando o reconhecimento da jornada apontada pela Reclamada e constante dos cartões ponto. Requer, ainda, "a reforma da r. sentença também nesse ponto, a fim de que seja determinada a observância do intervalo de 40 minutos para o café da tarde, além do destinado ao almoço, para fins de aferição da jornada.". Por fim, pleiteia a " reforma da r. sentença para excluir a condenação em reflexos das horas extras."

A prova oral produzida restou assim consignada sobre a questão (fls. 374/376):

Depoimento do autor:

"1 - mostrados os controles de ponto de fls.122/123, de modo exemplificativo, confirma os horários de entrada e de saída,



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

esclarecendo ainda que havia mudanças nos horários de trabalho; 2 - não havia intervalo para refeição; (...); 6 - nos períodos de entressafra (dezembro a fevereiro/março) trabalhava no plantio e em outras atividades, também a céu aberto, períodos em que havia alteração no horário de trabalho, começando na roça às 7h e parando às 15h20min, com 1h de intervalo. Nada mais."

Depoimento do preposto da ré:

"Inquirido, respondeu que: 1 - tanto na safra quanto na entressafra o reclamante usufruía de 1h de intervalo, das 19h às 20h, na safra, usufruído no próprio local de trabalho. Nada mais."

Depoimento da 1ª testemunha apresentada pelo autor, Sr. Derivaldo Bispo dos Santos:

"(...); trabalhou com o reclamante nos últimos três anos, quando então laborava entre 15h30min e 23h30min, sem qualquer intervalo, isso durante a safra; (...)."

Depoimento da 1ª testemunha apresentada pela ré, Sr. Mário Pedro Mireski:

"1 - trabalha para a reclamada desde março de 2007, sempre na função de motorista, esclarecendo que faz o trecho Umuarama/Perobal, o qual não é o mesmo que o reclamante, o qual faz o trecho Perobal/usina, não tendo acompanhado o reclamante em nenhuma viagem; (...); 4 - o tempo gasto entre a usina e a roça era marcado apenas ao término do período da queima, sendo que os horários do depoente eram anotados em cartão de ponto e os do reclamante em uma planilha, pelo próprio reclamante; 5 - quanto ao intervalo, este dependia do serviço que lhes era repassado, sendo que perguntado pelo Juízo se presenciou o reclamante usufruindo de intervalo, afirmou ter visto, mas que o período de fruição dependia muito, conforme se expressa, variando de 30min a 1h, sendo que questionado a respeito de qual horário prevalecia, afirma que o mais comum era 30min; (...); 7 - não trabalhou diretamente na queima da cana de açúcar; (...)."

Incontroversos os horários de início e término da jornada vez que autor reconhece como corretos nos registros de ponto colacionados. O intervalo,



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

quando do período de entressafra, também restou incontroverso, pois o autor admite, em seu depoimento, que o usufruía integralmente.

No que concerne ao intervalo durante a safra, correta a interpretação primeira, vez que a testemunha patronal, pelo fato de não trabalhar diretamente com a queima da cana-de-açúcar, atividade principal do obreiro, não tinha como acompanhá-lo para saber se usufruía ou não do intervalo para descanso e refeição, prevalecendo, dessarte, o que disse o testigo do autor, Sr. Derivaldo, haja vista ter laborado diretamente com o reclamante. Nessa vereda, nada há a ser reformado sobre os intervalos intrajornada.

Já no que diz respeito a observância de intervalo de 40 minutos para café, suscitado pela ré em suas razões recursais, assevera-se que nada há a ser analisado, vez que não houve pedido do autor sobre este intervalo, mas tão somente aos que se referem aos artigos 66, 71e 72 da CLT. Ademais, quando se fala na lei em "observados os usos e costumes da região", quer fazer alusão a um segundo intervalo, por exemplo, e não fracionar aquele do artigo 71 da CLT, que tem por mínimo, 1 hora.

A jornada também foi a reconhecida nos cartões de ponto, como pode ser observado na transcrição do decisum primeiro, supra. Assim, em razão da ausência de interesse recursal por parte da ré, não merece conhecimento o recurso quanto ao ponto.

Por outra via, quanto ao intervalo do artigo 66 do texto celetário, tomando-se por base os exemplos citados pelo autor em suas razões de recurso, bem como seu pedido de duas horas in itinere por dia, nada lhe é devido a esse título. Se ele saía 01h40, terminava sua jornada, após computar o tempo gasto no trajeto trabalho/casa, às 02h40. Assim, somente poderia retornar ao trabalho a partir das 13h40 do mesmo dia. Os cartões de ponto, reconhecidos como corretos pelo obreiro nos horários de entrada e saída, registram entradas próximas às 15h40. Levando-se em consideração mais 1 hora in itinere, tem-se que o reclamante iniciava sua jornada às 14h40, o que, data venia o entendimento recursal, não fere o intervalo previsto no artigo em comento" (fls. 679/683).

Sustenta a reclamada que a pré-assinalação do intervalo nos controles de frequência encontra previsão no art. 74, § 2º, da CLT, na Súmula 338/TST e na Portaria n° 3.626/1991 do Ministério



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

do Trabalho. Aduz que não há prova da não concessão do descanso, indicando ofensa ao art. 71 consolidado. Colaciona arestos.

Como consta no acórdão recorrido, o deferimento da parcela, no período de safra, decorreu da demonstração, pela prova oral produzida, da não concessão integral do intervalo e da imprestabilidade dos registros de ponto.

Impossível a consagração da supremacia do valor probante de documentos, como pretende a recorrente, de vez que o princípio da primazia da realidade inspire norte absolutamente inverso.

Dessa forma, evidenciando-se, por testemunhas, a irregularidade dos registros do intervalo, imperativa será a condenação ao pagamento pertinente.

Nesse contexto, não se verifica ofensa aos preceitos de lei indicados.

Por outro lado, julgados oriundos de Turma do TST ou de Varas do Trabalho são inservíveis ao confronto de teses (art. 896, "a", da CLT), assim como aquele que não atende ao disposto na Súmula 337, I, "a", do TST.

Registro, ainda, o precedente de minha lavra, envolvendo a mesma recorrente, qual seja, RR-508-47.2012.5.09.0325, publicado no DEJT de 24.5.2013.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista do reclamante, no tocante às diferenças de FGTS, por violação do art. 818 da CLT, e, no mérito, dar-lhe provimento, para condenar a reclamada ao pagamento de diferenças de FGTS, a serem apuradas em liquidação de sentença. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista do reclamante, quanto à rescisão indireta, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento, para, reconhecendo a rescisão indireta do contrato de trabalho, nos termos do art. 483, "d", da CLT, condenar a reclamada ao pagamento das parcelas inerentes a essa modalidade de



PROCESSO N° TST-RR-867-94.2012.5.09.0325

dissolução contratual, conforme pleiteado na inicial, a serem apuradas em liquidação de sentença, à exceção da indenização por dano moral, tendo em vista que a simples ausência de depósito do FGTS não autoriza o deferimento da indenização pretendida. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista da reclamada, quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade, por violação do art. 192 da CLT, e, no mérito, dar-lhe provimento, para restabelecer a sentença pela qual a reclamada foi condenada ao pagamento do adicional de insalubridade, em grau médio, calculado com base no valor do salário mínimo. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista da reclamada, quanto às horas "in itinere", por violação do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal e, no mérito, dar-lhe provimento, para excluir da condenação o pagamento das horas de percurso e seus reflexos. Por unanimidade, não conhecer dos recursos de revista de ambas as partes, quanto aos temas remanescentes.

Brasília, 29 de Junho de 2015.

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

ALBERTO LUIZ BRESCIANI DE FONTAN PEREIRA
Ministro Relator