



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

ACÓRDÃO
(2ª Turma)
GMJRP/in/mc/vm/li

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014.

SUSPEIÇÃO DE TESTEMUNHA OBREIRA. AMIZADE ÍNTIMA NÃO COMPROVADA. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA Nº 126 DO TST.

Na hipótese, o Regional entendeu que a reclamada não comprovou a suspeição da testemunha da parte reclamante. Assentou a Corte de origem que, “apesar de a testemunha ter referido ser ‘amigo’ do autor há seis anos, frequentando a mesma congregação religiosa, ao ser questionado pelo Juízo *a quo* respondeu que eles não costumam sair juntos e que não frequenta a casa do autor. Ou seja, não há evidência de convivência íntima entre a testemunha e o autor, não servindo a tanto a informação de frequentam a mesma igreja ou outro espaço de confraternização religiosa”. Desse modo, para se concluir que a testemunha do reclamante era suspeita, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, procedimento vedado nesta instância recursal de natureza extraordinária, nos termos da Súmula nº 126 do TST

Recurso de revista **não conhecido**.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE INDEVIDO. EXPOSIÇÃO A “ÁLCALIS CÁUSTICOS” DILUÍDOS EM PRODUTOS DE LIMPEZA. SÚMULA Nº 448, ITEM I, DO TST.

O Tribunal Regional manteve a sentença em que se condenou a reclamada ao pagamento de adicional de insalubridade, em grau médio, mediante o fundamento de que o contato com produtos de limpeza, contendo “álcalis cáusticos”, enquadra-se no rol de atividades insalubres previsto em portaria do Ministério do Trabalho e Emprego. Todavia, esta Corte vem firmando o entendimento de que o manuseio de “álcalis cáusticos”, constante de produtos de limpeza de uso geral, não enseja a percepção do adicional de insalubridade, por não se enquadrar na hipótese do Anexo 13 da NR-15 do MTE. Os produtos utilizados para a realização de limpeza em geral, a exemplo de saponáceos, água sanitária, detergentes e desinfetantes, de uso doméstico, detêm



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

concentração reduzida de substâncias químicas (álcalis cáusticos), destinadas à remoção dos resíduos, não oferecendo risco à saúde do trabalhador, razão por que não asseguram o direito ao adicional de insalubridade. Ademais, esta Corte firmou o entendimento, consubstanciado na Súmula nº 448, item I, do TST, de que a mera constatação de laudo pericial não gera o direito à percepção do adicional de insalubridade, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial do Ministério do Trabalho e Emprego. Recurso de revista **conhecido e provido**.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.

Prejudicada a análise do mérito do recurso nesse particular, tendo em vista o provimento do recurso de revista no tema antecedente, para excluir da condenação o adicional de insalubridade.

HORAS EXTRAS. JUNTADA DOS CARTÕES DE PONTO EM PERÍODO PARCIAL. SÚMULA Nº 338, ITEM I, DO TST. PRESUNÇÃO RELATIVA DA JORNADA DE TRABALHO. JORNADA ARBITRADA COM BASE NA PROVA TESTEMUNHAL. NÃO INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO CONSUBSTANCIADO NA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 233 DA SBDI-1 DESTA CORTE.

Consignou o Regional que os registros de ponto, além de não abarcarem todo o período contratual, foram desconstituídos por prova oral, que confirmou as alegações do autor de que os cartões de ponto “já vinham preenchidos” e que os horários não eram registrados corretamente. Nos termos da Súmula nº 338, item I, do TST, é ônus do empregador, que conta com mais de dez empregados, o registro da jornada de trabalho na forma do artigo 74, § 2º, da CLT, sendo que a não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho alegada na inicial, a qual pode ser elidida por prova em contrário. Assim, se a reclamada não trouxe aos autos a totalidade dos registros de frequência do reclamante e há prova testemunhal a corroborar a invalidade dos citados registros que foram colacionados apenas parcialmente, é de se reconhecer correta a fixação da jornada relativamente ao período faltante, com base na petição inicial. Nesse caso, observa-se que o TRT decidiu em



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

consonância com a Súmula nº 338, item I, do TST, tendo em vista que a juntada parcial dos controles de horário, como ocorreu no caso, acarreta a presunção relativa de veracidade da jornada indicada na petição inicial. A considerar a invalidade dos registros de ponto, também não há falar em incidência da Orientação Jurisprudencial nº 233 da SbDI-1 do TST, segundo a qual “a decisão que defere horas extras com base em prova oral ou documental não ficará limitada ao tempo por ela abrangido, desde que o julgador fique convencido de que o procedimento questionado superou aquele período”, isso porque o citado verbete jurisprudencial parte da premissa de que existiu prova documental válida, critério não observado no caso concreto. Recurso de revista **não conhecido**.

COMPENSAÇÃO DE JORNADA.

O Regional limitou-se a consignar que, “inválidos os registros de horário, não se cogita da validade de qualquer ajuste de compensação de horas, pois o fidedigno controle da jornada laborada é pressuposto para o reconhecimento de qualquer regime compensatório”. Nesses termos, não houve adoção de tese explícita acerca do teor da Súmula nº 85, itens III e IV, do TST, nem foi a Corte *a quo* instada a fazê-lo por meio de embargos de declaração, incidindo, portanto, o óbice da Súmula nº 297, itens I e II, deste Tribunal, ante a falta de prequestionamento da matéria.

Recurso de revista **não conhecido**.

REPOUSO SEMANAL REMUNERADO ACRESCIDO DE HORAS EXTRAS. REFLEXOS EM DEMAIS PARCELAS. AUMENTO DA MÉDIA REMUNERATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM.

A jurisprudência desta Corte, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 394 da SbDI-1, firmou a tese de que “a majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de ‘bis in idem’.” A questão, contudo, foi objeto do Incidente de Recurso de Revista Repetitivo nº IRR-10169-57.2013.5.05.0024, de Relatoria do Exmo. Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, instaurado em razão da existência de súmula de Tribunal Regional do Trabalho em sentido contrário à



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

tese consagrada na referida orientação jurisprudencial. Após intenso debate na Subseção I Especializada em Dissídios Individuais acerca da matéria, fixou-se, por maioria, a tese jurídica de que “a majoração do valor do repouso semanal remunerado, decorrente da integração das horas extras habituais, deve repercutir no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sem que se configure a ocorrência de ‘bis in idem’”. Todavia, em observância ao princípio da segurança jurídica, com fulcro no artigo 927, § 3º, do CPC de 2015, determinou-se a modulação dos efeitos da nova tese para que esta somente seja aplicada aos cálculos das parcelas cuja exigibilidade se aperfeiçoe a partir da data daquele julgamento (inclusive) ocorrido em 14/12/2017, a qual foi adotada como marco modulatório. Conforme ficou estabelecido, não se trata de comando direcionado aos cálculos da liquidação nos processos em trâmite na Justiça do Trabalho, mas, sim, de exigibilidade que se dará na constância do contrato de trabalho, no momento do pagamento das verbas trabalhistas, quando o empregador realizar o cálculo das parcelas devidas ao trabalhador, ocasião em que deverá observar a tese firmada na SbDI-1 no julgamento do incidente de recurso repetitivo em questão. Foram determinadas, ainda, a suspensão da proclamação do resultado do julgamento e a submissão, ao Tribunal Pleno desta Corte, da questão relativa à revisão ou ao cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 394 da SbDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista que a maioria dos ministros da Subseção votou em sentido contrário ao citado verbete. Salienta-se que, na sessão ocorrida em 22/3/2018, a SbDI-1, à unanimidade, decidiu chamar o feito à ordem para renovar o prazo de suspensão da publicação do resultado do julgamento do incidente de recurso repetitivo a partir de 27/3/2018 e, em consequência, retirar o processo de pauta, remetendo-o ao Tribunal Pleno, consoante estabelecido na decisão proferida na sessão de 14/12/2017. Constata-se, portanto, que o caso não está abrangido pela modulação determinada, de modo que subsiste a aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 394 da SbDI-1 do TST. Dessa forma, o Regional, ao deferir a repercussão das horas extras no cálculo de férias, gratificação natalina, aviso-prévio e FGTS, decidiu em desalinho com a Orientação Jurisprudencial nº 394 da SBDI-1. Precedentes.



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

Recurso de revista **conhecido e provido.**

INTERVALO INTRAJORNADA.

O fundamento adotado pelo Regional para deferir ao reclamante o intervalo intrajornada, em face de sua fruição irregular, foi a invalidade dos registros de ponto e a contundência da prova testemunhal, em que se corroborou a não fruição do respectivo intervalo em sua totalidade. Assim, para que esta Corte possa concluir de forma diversa quanto à prova apresentada, seja documental seja testemunhal, necessário seria o reexame da valoração de fatos e de provas do processo, o que é vedado nesta instância recursal de natureza extraordinária, nos termos da Súmula nº 126. Por outro lado, nos termos da Súmula nº 437, item I, do TST, a não concessão total ou parcial do intervalo intrajornada para repouso e alimentação implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% do valor da remuneração da hora normal de trabalho (artigo 71 da CLT). Assim, suprimido parte do intervalo destinado ao repouso e à alimentação do empregado, deve ser pago a ele, como extra, todo o período mínimo assegurado por lei, com adicional de horas extraordinárias, e não apenas o período remanescente, como pretende a reclamada.

Recurso de revista **não conhecido.**

SALÁRIO SUBSTITUIÇÃO. JULGAMENTO EXTRA/ULTRA PETITA.

Nas razões do recurso de revista, a reclamada afirma que incumbia ao reclamante indicar, na petição inicial, de forma clara a precisa, o nome completo do colega de trabalho que teria supostamente substituído. Não obstante, o autor alegou apenas que teria substituído "Mário". Insurge-se também contra a decisão regional em que se determinou que as diferenças fossem apuradas com base no salário do Sr. Fagner de Souza Falcão, o que jamais foi postulado, isso porque, na inicial, o reclamante postulou diferenças salariais por ter substituído o "Sr. Mário", e não o "Sr. Fagner", incorrendo em julgamento *ultra/extra petita*. Conforme se depreende do acórdão regional, ficou comprovado que o autor, vendedor, substituiu o Sr. Mário, também vendedor, no período de dezembro de 2011 a fevereiro de 2012, em face do afastamento do substituído para tratamento médico. O salário do Sr. Fagner (vendedor)



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

foi utilizado apenas como parâmetro atualizado para o cálculo do valor do salário-substituição (salário contratual de vendedor em cada um dos três meses de substituição). Nesses termos, não há falar em julgamento *extra/ultra petita*, tampouco em violação dos artigos 128 e 460 do CPC/73 e 840 da CLT. O fato de as instâncias ordinárias não criarem objeção quanto ao nome do Sr. Mário, mesmo sem a informação de seu sobrenome, não representou cerceamento do direito de defesa da reclamada. Ao que se infere do acórdão regional, a ora recorrente não teve problemas para identificar o empregado substituído, a considerar o local de trabalho, o cargo ocupado e o período de substituição. Incólume, pois, o artigo 5º, incisos II, LIV e LV, da Constituição Federal.

Recurso de revista **não conhecido**.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS DE 2012. PAGAMENTO PROPORCIONAL. SÚMULA Nº 451 DO TST.

Discute-se, no caso, se a dispensa antecipada do trabalhador, antes da data de apuração da parcela de participação nos lucros e resultados, inviabiliza o pagamento proporcional dessa parcela. A jurisprudência prevalecente nesta Corte superior firmou entendimento de que o empregado, mesmo que dispensado antecipadamente, faz jus ao pagamento da parcela de participação nos lucros e resultados, uma vez que concorreu para os resultados da empresa. Nesse sentido, dispõe a Súmula nº 451 do TST. O Regional, ao considerar devido o pagamento proporcional da PLR, decidiu em perfeita conformidade com a Súmula nº 451 do TST.

Recurso de revista **não conhecido**.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COBRANÇA POR VENDAS. TRATAMENTO DESRESPEITOSO E HUMILHANTE PELO SUPERIOR HIERÁRQUICO.

Considerando as premissas fáticas acerca do tratamento humilhante dispensado ao autor por seu superior hierárquico, evidente o dever de indenizar, pois caracterizados o abalo moral suportado em razão do constrangimento sofrido no ambiente de trabalho, bem como a conduta ilícita da reclamada em permitir que seu empregado fosse humilhado. No que tange à quantificação do dano, a jurisprudência desta Corte é no



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

sentido de que não se admite a majoração ou a diminuição do valor da indenização por danos morais nesta instância extraordinária, em virtude da necessidade de revolvimento da valoração do contexto fático-probatório para tanto. Entretanto, tem-se admitido essa possibilidade apenas nos casos em que a indenização for fixada em valores excessivamente módicos ou estratosféricos, o que não se verificou no caso. Assim, considerando que o reclamante foi vítima de tratamento desrespeitoso e vexatório por parte de seu superior hierárquico diante dos demais colegas de trabalho, bem como o porte econômico da empresa reclamada e o caráter pedagógico-punitivo da medida, contata-se que o valor arbitrado de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) revela-se compatível com o contexto fático apurado, o que afasta a alegação de ofensa ao artigo 944 do Código Civil.

Recurso de revista **não conhecido**.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARTE NÃO ASSISTIDA POR SINDICATO DE SUA CATEGORIA PROFISSIONAL.

Nos termos da Súmula nº 219, item I, do TST, o deferimento de honorários advocatícios se sujeita à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da Justiça gratuita e a assistência do reclamante por sindicato de sua categoria profissional. Dessa forma, concluindo o Regional que a concessão da verba honorária é devida mesmo quando a parte não está assistida por sindicato representante de categoria profissional a que integra, tem-se por contrariado o item I da Súmula nº 219 do TST, o qual condiciona o deferimento da verba honorária ao preenchimento de ambos os requisitos da Lei nº 5.584/70.

Recurso de revista **conhecido e provido**.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-22289-53.2013.5.04.0221**, em que é Recorrente **VONPAR REFRESCOS S.A.** e é Recorrido **DEIVITI MACHADO BORGES..**



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por meio do acórdão de págs. 466-485, negou provimento ao recurso ordinário da reclamada e deu provimento parcial ao recurso ordinário do reclamante para: “[a] determinar que os reflexos das horas extras que lhe foram deferidas se deem primeiramente em repouso semanais remunerados e, após, pelo aumento da média remuneratória, nas demais parcelas determinadas na sentença (salário do período do aviso prévio, remuneração das férias com um terço, gratificação natalina e FGTS com acréscimo de 40%); [b] determinar que a condenação relativa ao intervalo intrajornada (item "b" do dispositivo da sentença - Id ba75992 - Pág. 15) seja devida considerando a fruição irregular do intervalo em dois e em três dias por semana, alternadamente; [c] determinar a utilização de seu salário básico (no caso, composto pelo salário base e pelas comissões) como base de cálculo do adicional de insalubridade; [d] determinar que o salário substituição reconhecido ao autor (item "c" do dispositivo da sentença - Id ba75992 - Pág. 15) seja calculado a partir do salário base recebido pelo vendedor Fagner de Souza Falcão no mesmo período, conforme contracheques constantes dos autos eletrônicos; [e] determinar que no cálculo da PLR proporcional de 2012 que lhe é devida, com base nos valores pagos no ano anterior (item "e" do dispositivo da sentença - Id ba75992 - Pág. 15), seja observada a proporcionalidade da PLR paga ao autor em 2011, bem como seja o valor obtido acrescido de 10%; [f] majorar a indenização por danos morais (item "f" do dispositivo da sentença - Id a8382c3 - Pág. 15) para R\$5.000,00, valor a ser atualizado monetariamente a partir do arbitramento (prolação do acórdão), e com incidência de juros a partir do ajuizamento da ação; e [g] condenar a reclamada ao pagamento de honorários assistenciais, fixados em 15% sobre o valor bruto da condenação” (págs. 467 e 468).

A reclamada interpõe recurso de revista, às págs. 488-529, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do artigo 896 da CLT.

O recurso foi admitido pelo despacho de admissibilidade de págs. 535 e 536, quanto ao tema “Honorários Advocatícios”, por contrariedade à Súmula nº 219 do TST.

Contrarrazões às págs. 540-553.

Não houve remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, ante o disposto no artigo 95 do Regimento Interno do TST.

É o relatório.



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

V O T O

1. SUSPEIÇÃO DE TESTEMUNHA OBREIRA. AMIZADE ÍNTIMA NÃO COMPROVADA. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA Nº 126 DO TST

CONHECIMENTO

Sobre o tema, manifestou-se o Regional:

"I. RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. Matéria prejudicial.
SUSPEIÇÃO DA TESTEMUNHA DO RECLAMANTE. AMIZADE ÍNTIMA.

A reclamada alega, inicialmente, a necessidade de ser desconsiderado o depoimento da testemunha Fagner, ouvida a convite do autor, uma vez que, além de ela mover processo idêntico contra a empresa, declarou, em audiência, ser amigo do autor há seis anos, caracterizando, assim, amizade íntima, capaz de afastar a necessária isenção da testemunha, nos termos dos arts. 829 da CLT e 405, §3º, III, do CPC (Id f3242bf - Págs. 2/3).

Na ata de audiência consta o seguinte (Id 3061457 - Pág. 2):

*"1ª TESTEMUNHA TRAZIDA PELO AUTOR: Fagner de Souza Falcão (...)
CONTRADITA: a reclamada contradita a testemunha, dizendo possuir ela ação trabalhista e por amizade. A testemunha confirma a existência da ação, dizendo que a audiência de instrução ainda não foi realizada e que o reclamante não será sua testemunha, dentre os pedidos, consta o pagamento de horas extras, adicional de insalubridade e danos morais. Diz ainda, que o reclamante é seu amigo há 6 anos, frequentando a mesma Congregação religiosa. Que não saíram juntos e não frequenta a residência do reclamante. REJEITA-SE a contradita, uma vez que não é caso de suspeição e ausentes as hipóteses previstas nos arts. 829 da CLT e 405, §3º do CPC (inimizade ou interesse no litígio). Aplicável a Súmula 357 do TST. A reclamada apresenta protestos."*

Análise.

Dispõe o art. 405, § 3º, do CPC, litteris:

"§ 3º São suspeitos:

(...)

III - o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo;"

A respeito da matéria, por oportuno, transcrevo a doutrina de Wagner D. Giglio:

"Presume-se que o amigo e o inimigo tenham interesse na solução do litígio: sem isenção de ânimo, tentarão, respectivamente, beneficiar a parte amiga ou prejudicar o desafeto, com seus depoimentos."



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

Convém advertir que o termo amigo, na linguagem vulgar, é de uso muito comum e, por isso, desvalorizado. Juridicamente, apenas a amizade íntima impede o testemunho. Ora, numa empresa, onde o contato entre o pessoal é diário e estável durante longo tempo, todos se dizem amigos, no sentido de conhecidos. Na prática, a amizade íntima somente se revela pelo compadrio, pelo hábito de frequentar a casa do outro, pelo costume de saírem juntos para se divertir, por terem emprestado dinheiro um ao outro etc." (in Direito Processual do Trabalho. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 217, destaque pelo Relator).

Considero, pois, amizade íntima aquela em que as pessoas nutrem mutuamente um profundo elo de afeição e confiança, não se podendo confundir, especialmente para fins de reconhecimento de suspeição, as relações superficiais mantidas costumeiramente pela sociedade.

No caso, apesar de a testemunha ter referido ser "amigo" do autor há seis anos, frequentando a mesma congregação religiosa, ao ser questionado pelo Juízo a quo respondeu que eles não costumam sair juntos e que não frequenta a casa do autor. Ou seja, não há evidência de convivência íntima entre a testemunha e o autor, não servindo a tanto a informação de frequentam a mesma igreja ou outro espaço de confraternização religiosa.

Pelo exposto, não caracterizada a amizade íntima, mantenho a decisão de Origem quanto à rejeição da contradita apresentada à testemunha Fagner. Nego provimento ao apelo." (págs. 468-470, destacou-se)

Nas razões do recurso de revista, a reclamada afirma que a ausência de isenção de ânimo da testemunha é flagrante, diante da declaração de que o reclamante é seu amigo há seis anos, frequentando a mesma congregação religiosa, o que configura a hipótese de suspeição, prevista nos artigos 829 da CLT e 405, § 3º, inciso III, do CPC.

Reitera que, diante da amizade comprovada entre o reclamante e sua testemunha, a situação retratada nestes autos não é apenas aquela disciplinada pela Súmula nº 357 do TST, aplicada equivocadamente pelo Regional, qual seja além de a testemunha litigar contra o mesmo empregador, neste caso, há identidade de objeto.

Defende o enquadramento da testemunha da parte autora nas hipóteses legais de suspeição (artigo 405 do CPC), existindo evidente razão para a desconsideração do depoimento por ela prestado.

Indica violação dos artigos 5º, incisos II, XXXV e LIV, da Constituição Federal, 405, parágrafo 3º, inciso IV, do CPC. Transcreve arestos para o cotejo de teses.

Ao exame.

Na hipótese, o Regional entendeu que a reclamada não comprovou a suspeição da testemunha da parte reclamante. Assentou a Corte de origem que "no caso, apesar de a testemunha ter referido ser "amigo" do autor há seis anos, frequentando a mesma congregação religiosa, Firmado por assinatura digital em 09/02/2022 pelo sistema Assinejus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

ao ser questionado pelo Juízo a quo respondeu que eles não costumam sair juntos e que não frequenta a casa do autor. Ou seja, não há evidência de convivência íntima entre a testemunha e o autor, não servindo a tanto a informação de frequentam a mesma igreja ou outro espaço de confraternização religiosa" (pág. 470).

Desse modo, para se concluir que a testemunha do reclamante era suspeita, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, procedimento que não se compatibiliza com a natureza extraordinária do recurso de revista, conforme os termos da Súmula nº 126 do Tribunal Superior do Trabalho, o que impossibilita a análise de eventual ofensa aos artigos 5º, incisos II, XXXV e LIV, da Constituição Federal, 405, parágrafo 3º, inciso IV, do CPC/73.

A divergência jurisprudencial colacionada não viabiliza o processamento do recurso de revista, tendo em vista que os acórdãos paradigmas se ressentem da necessária especificidade a que alude a Súmula nº 296, item I, desta Corte, na medida em que não registram a mesma premissa fática consignada no acórdão recorrido.

Não conheço.

2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE INDEVIDO. EXPOSIÇÃO A "ÁLCALIS CÁUSTICOS" DILUÍDOS EM PRODUTOS DE LIMPEZA. SÚMULA Nº 448, ITEM I, DO TST

I - CONHECIMENTO

Sobre o tema, manifestou-se o Regional:

"3. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.

Apela a demandada contra a condenação ao pagamento de adicional de insalubridade pelo contato do autor com álcalis cáusticos. Argumenta, em síntese, que, diversamente do que constou do laudo pericial, a "atividade de limpeza utilizando produtos contendo álcalis cáusticos, incontroversamente diluída em água, não se enquadra nas atividades consideradas prejudiciais do Anexo nº 13 da Portaria nº 3.214/78", uma vez que "a referida Portaria Ministerial trata da fabricação e manuseio de álcalis cáusticos, ou seja, refere-se ao contato direto com a substância em sua composição bruta, nunca diluída em produtos comuns de limpeza - que contém os álcalis cáusticos em concentração própria para uso doméstico" (Id f3242bf - Pág. 9). Ressalta não estar o juízo adstrito à conclusão pericial, postulando a exclusão da condenação em tela.

O reclamante recorre quanto à base de cálculo do adicional, pois entende que "cumpre adotar, como base de cálculo dessa vantagem, por analogia, o salário contratual do empregado, na esteira da norma inserta no §1º do art. 193 da CLT, que dispõe acerca da base de cálculo do adicional de periculosidade, por se tratar de instituto idêntico para reparar o efeito prejudicial sobre a saúde do trabalhador" (Id c7fa440 - Pág. 4).



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

A sentença acolheu as conclusões do laudo pericial, acerca do contato do autor com produtos de limpeza que contêm álcalis cáusticos, sem a devida proteção, condenando a ré ao pagamento de adicional de insalubridade em grau médio, a ser calculado sobre o salário mínimo (Id ba75992 - Págs. 8/10).

O laudo pericial, realizado pelo Engenheiro de Segurança do Trabalho André Stein Lacchini a partir de inspeção na sede da empresa ré e em alguns mercados clientes, com a presença de ambas as partes, e sem registrar divergência quanto à atividade de limpeza exercida, **é conclusivo quanto à exposição do autor a agentes insalubres (álcalis cáusticos), sem que lhe tenha sido fornecido qualquer equipamento de proteção** (Id 1940462 - Págs. 6/7):

"No desempenho das atividades diárias de efetuar a limpeza das gôndolas ou prateleiras de produtos abastecidos, bem como de freezers, aplicando os produtos alcalinos cáusticos X14 e alvejantes (hipoclorito de sódio), com auxílio de panos, o reclamante mantinha contato cutâneo direto com agentes químicos desengordurantes e desinfetantes cáusticos.

Nestes processos de limpezas, ao trabalhar com os agentes químicos citados, o autor realizava a manipulação de produtos classificados como álcalis cáusticos (pH 11,5), como alquil benzeno sulfonato de sódio e hipoclorito de sódio, componentes presentes em detergentes e alvejantes líquidos, além de outros produtos desengordurantes, e presentes nos produtos analisados. A exposição era diária, durando cerca de 60 minutos, aproximadamente.

Em tais processos, o reclamante possuía mãos, ante-braços, e punhos, além de outras partes do corpo desprotegidas, mantendo contato cutâneo direto e acidental com os produtos químicos citados.

Tais elementos, quando em contato cutâneo direto devido ao seu manuseio, caracterizam condições insalubres em grau médio, de acordo com o disposto no Anexo número 13, item Operações Diversas, da Norma Regulamentadora número 15, portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho. O dispositivo legal não estabelece tempo mínimo ou frequência para caracterizar como insalubre o trabalho onde ocorra o emprego de álcalis cáusticos, pois a determinação atende a critérios qualitativos.

As bases dos elementos citados são fortes e possuem grande causticidade, especialmente as bases de sódio e potássio, que fazem parte da formulação dos detergentes líquidos industriais e domésticos. Esta causticidade não significa necessariamente que com um simples contato haja a carbonização dos membros. A nocividade de tais produtos à saúde ocorre com seu uso continuado, em maior ou menor concentração, provocando diversas dermatites, criando inchamentos e vermelhidão na pele e retirando a camada de gordura protetora da epiderme."

Pelo exposto, concluiu o perito que: "Os fatos observados e relatados no presente laudo pericial, em decorrência de inspeção realizada, permitem concluir que as atividades desempenhadas pelo reclamante são consideradas insalubres em grau médio durante todo o contrato de trabalho,



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

de acordo com o disposto no Anexo nº13, da Norma Regulamentadora nº15, da Portaria 3.214/78." (Id 1940462 - Pág. 12).

A empresa ré impugnou o laudo, alegando, em síntese, a eventualidade da limpeza (sendo que durante a inspeção concordou com a realização pelo autor da limpeza de expositores e gôndolas habitualmente), bem como a não caracterização da insalubridade pelo manuseio dos produtos de limpeza descritos diluídos em água (Id 2486643).

Em resposta à impugnação e aos quesitos complementares apresentados pela reclamada, o perito ratificou a conclusão do laudo, esclarecendo terem sido os produtos aplicados puros, bem como restar caracterizada a insalubridade pelo contato do autor com os agentes de limpeza descritos, ao "aplicar panos embebidos no agente químico, com o uso das mãos, e sem o uso de quaisquer EPIs" (Id 2832231 - Pág. 2).

A ré impugnou o laudo complementar (Id 2968315).

Ainda que não esteja o juízo adstrito à conclusão do perito, para que ela seja afastada necessário haver elementos para tanto, sendo o ônus nesse sentido da parte a quem interessa seja desconsiderada a prova pericial.

No caso, a reclamada não logrou, por qualquer meio de prova, afastar a conclusão pericial, lastreada em inspeção na sede da empresa e em alguns mercados clientes. Destaco, ainda, ser própria da prova pericial a análise do potencial dano à saúde representado pelos produtos manuseados pelo trabalhador, o que fez o perito conforme laudo no Id 1940462 - Págs. 6/9. Destaco, ainda, o incontroverso não fornecimento de equipamentos de proteção.

Acerca da caracterização da insalubridade a partir do manuseio de produtos contendo álcalis cáusticos, colaciono, por fim, os seguintes julgados deste Colegiado:

"ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Existência de insalubridade em grau médio nas atividades da autora pelo manuseio de álcalis cáusticos, conforme disposto no Anexo 13 da NR 15 da Portaria 3214/78, porquanto havia o contato com produtos químicos contidos em sabões e detergentes utilizados em limpeza. Provimento negado ao recurso da reclamada." (TRT da 04ª Região, 2ª Turma, 0000158-62.2014.5.04.0411 RO, em 19/03/2015, Desembargadora Tânia Rosa Maciel de Oliveira - Relatora. Participaram do julgamento: Desembargador Alexandre Corrêa da Cruz, Desembargadora Tânia Regina Silva Reckziegel).

"ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EM GRAU MÉDIO. CONTATO COM ÁLCALIS CÁUSTICOS. RECURSO ORDINÁRIO DA RÉ. Constatado pelo perito técnico que as atividades de limpeza realizadas expunham a trabalhadora ao contato habitual com álcalis cáusticos contidos em sabões e detergentes, inclusive ante a ausência de prova quanto ao fornecimento de EPIs, é devido o adicional de insalubridade em grau médio, conforme previsão da NR-15, Anexos 10 e 13 da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho." (TRT da 04ª Região, 2ª Turma, 0001620-16.2012.5.04.0026 RO, em 26/02/2015, Desembargador Marcelo José Ferlin D'Ambroso - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Tânia Rosa Maciel de Oliveira, Desembargadora Tânia Regina Silva Reckziegel).



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

Sendo assim, reputo adequada a decisão exarada na primeira instância, a qual acolheu o parecer técnico e deferiu adicional de insalubridade, em grau médio, ao empregado.

Quanto à base de cálculo do adicional, esta Turma Julgadora passou a considerar, a respeito da matéria, a decisão prolatada pelo TST no processo n. 494331-04.1998.5.03.0102, cujo Relator e Presidente da Primeira Turma, Exmo. Ministro Lélio Bentes Corrêa, pronunciou-se no sentido de que, embora o entendimento daquela Corte já estivesse consolidado nas edições da Súmula n. 228 e do Precedente n. 2 da Orientação Jurisprudencial da SBDI-1, "retomava-se o debate sobre o tema", uma vez que o STF reputou ser a posição desta Justiça Especializada relativamente à adoção do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade ofensiva ao artigo 7º, IV, da Constituição da República. Em julgamento levado a efeito no dia 22.11.2010, entendeu aquele Colegiado, portanto, pelo provimento do apelo interposto pela parte autora para "determinar que o adicional de insalubridade devido ao empregado seja calculado sobre o salário contratual".

Desse modo, na linha do acórdão em referência, tenho, da mesma forma que o Juízo da Origem, deva ser adotado, como base de incidência do adicional de insalubridade, o salário básico do autor, observado, por analogia, o teor do parágrafo 1º do artigo 193 da CLT, que estabelece a base de cálculo do adicional de periculosidade. Registro, acerca da aplicação analógica do dispositivo em tela, prever o artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição da República o adicional de remuneração para o trabalho prestado em condições penosas, insalubres ou perigosas, havendo de se concluir, necessariamente, pela intenção do legislador de conferir idêntico tratamento aos adicionais de periculosidade e insalubridade.

Recurso da reclamada não provido.

Apelo do autor provido para determinar a utilização de seu salário básico (no caso, composto pelo salário base e pelas comissões) como base de cálculo do adicional de insalubridade." (págs. 474-477, destacou-se)

Nas razões do recurso de revista, a reclamada afirma que a decisão regional *"diverge do majoritário entendimento jurisprudencial quanto à possibilidade de enquadramento na NR-15, Anexo 13, da Portaria nº 3.214/78 de atividades de trabalhador que manuseie produtos de limpeza domésticos com soluções compostas ou diluídas que contenham a presença de álcalis cáusticos em sua fórmula"* (pág. 494).

Assegura que a questão envolve a utilização de produtos destinados à limpeza doméstica e não ao álcalis cáusticos propriamente dito, cuja legislação aplicável à espécie prevê a insalubridade, em grau médio, para atividades que lidam com o agente químico puro, o que não é o caso dos autos.



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

Considera que o laudo pericial, mesmo quando obrigatório, não vincula o julgador.

Indica violação dos artigos 5º, inciso II, da Constituição Federal e 189 e 190 da CLT, ofensa ao Anexo nº 13 da NR-15 da Portaria/MTE nº 3.214/78 e contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 04, item I, da SbDI-1 do TST. Transcreve arestos para o cotejo de teses.

Ao exame.

No caso, o Tribunal Regional manteve a sentença em que se condenou a reclamada ao pagamento de adicional de insalubridade, em grau médio, mediante o fundamento de que o contato com produtos de limpeza, contendo "álcalis cáusticos", enquadra-se no rol de atividades insalubres previsto em portaria do Ministério do Trabalho e Emprego.

A Corte de origem consignou que o reclamante, ao realizar a limpeza do setor onde trabalhava, tinha contato habitual com a substância em questão.

Todavia, esta Corte vem firmando o entendimento de que o manuseio de "álcalis cáusticos" constante de produtos de limpeza de uso geral não enseja a percepção do adicional de insalubridade, por não se enquadrar na hipótese do Anexo 13 da NR-15 do Ministério do Trabalho e Emprego.

Os produtos utilizados para a realização de limpeza em geral, a exemplo de saponáceos, água sanitária, detergentes e desinfetantes, de uso doméstico, detêm concentração reduzida de substâncias químicas (álcalis cáusticos), destinadas à remoção dos resíduos, não oferecendo risco à saúde do trabalhador, razão por que não asseguram o direito ao adicional de insalubridade.

Assim, constata-se que as atividades do obreiro não lhe asseguram a percepção do adicional de insalubridade, pois o objetivo da norma regulamentar referida é proteger os empregados que mantenham contato direto com a citada substância em composição pura, e não diluída na fórmula de produtos domésticos de limpeza.

Nesse sentido, os seguintes precedentes do Tribunal Superior do Trabalho:

"(...) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE INDEVIDO. EXPOSIÇÃO A "ÁLCALIS CÁUSTICOS" DILUÍDOS EM PRODUTOS DE LIMPEZA. A Corte de origem consignou que a reclamante, nas funções de auxiliar de cozinheira e de cozinheira, ao realizar a limpeza de fogão, panelas, cuba e piso nas dependências da empresa reclamada, tinha contato habitual com a substância "álcalis cáusticos", na sua forma pura e composta. Todavia, esta Corte vem firmando o entendimento de que o manuseio de "álcalis cáustico",



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

constantes de produtos de limpeza de uso geral (inclusive doméstico), não enseja a percepção do adicional de insalubridade, por não se enquadrar na hipótese do Anexo 13 da NR-15 do Ministério do Trabalho e Emprego. Os produtos utilizados para a realização de limpeza em geral, a exemplo de saponáceos, água sanitária, detergentes e desinfetantes, que são utilizados também em ambiente doméstico, detêm concentração reduzida de substâncias químicas (álcalis cáusticos) destinadas à remoção dos resíduos, não oferecendo risco à saúde do trabalhador, razão por que não asseguram o direito ao adicional de insalubridade. Recurso de revista conhecido e provido . (...) . Recurso de revista conhecido e provido" (RR-1322-35.2012.5.04.0281, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 30/06/2017).

"(...) 2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. UTILIZAÇÃO DE PRODUTOS DE LIMPEZA CONTENDO ÁLCALIS CÁUSTICOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. O manuseio de materiais de limpeza de uso geral, cuja fórmula contenha substâncias álcalis cáusticas diluídas, não gera direito ao adicional de insalubridade em grau médio, por não se enquadrar no Anexo 13 da NR-15 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-265-12.2018.5.12.0034, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 19/03/2021).

"(...) 2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. UTILIZAÇÃO DE PRODUTOS DE LIMPEZA CONTENDO ÁLCALIS CÁUSTICOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. O manuseio de materiais de limpeza de uso geral, cuja fórmula contenha substâncias álcalis cáusticas diluídas, não gera direito ao adicional de insalubridade em grau médio, por não se enquadrar no Anexo 13 da NR-15 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-265-12.2018.5.12.0034, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 19/03/2021).

"(...) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE . Extrai-se do acórdão recorrido que a reclamada foi condenada ao pagamento de adicional de insalubridade pelo contato da empregada com produtos de limpeza contendo álcalis cáusticos. Ocorre que, nos termos da jurisprudência do TST, o uso de produtos de limpeza comuns não se enquadra nas atividades descritas no Anexo 13 da NR 15 da Portaria 3.214/1978 do Ministério do Trabalho, o qual se refere apenas à fabricação e ao manuseio de álcalis cáusticos em sua forma bruta, não dando ensejo ao pagamento do adicional de insalubridade. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido" (RRAg-471-90.2013.5.04.0012, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 12/03/2021).

"(...) RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PRODUTOS DE LIMPEZA DOMÉSTICA. Esta Corte tem firme jurisprudência no sentido de que o manuseio de produtos de limpeza que contenham álcalis cáusticos em sua



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

composição, em soluções diluídas, não dá ensejo ao pagamento de adicional de insalubridade, uma vez que tal situação não se enquadra no Anexo 13 da NR-15 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego. Recurso de revista conhecido e provido" (RRAg-2027-96.2014.5.02.0029, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 25/09/2020).

"(...) II - RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. MANUSEIO HABITUAL DE PRODUTOS DE LIMPEZA. ÁLCALIS CÁUSTICOS. Indevido o adicional de insalubridade, na medida em que o manuseio de produtos de limpeza que contenham álcalis cáusticos em sua composição, em soluções diluídas, não está classificado como insalubre pelo Ministério do Trabalho. A atividade não equivale ao contato direto com a substância bruta. Incidência da Súmula 448, I, do TST. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-20257-39.2016.5.04.0005, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 26/06/2020).

Ademais, esta Corte Superior firmou o entendimento, consubstanciado na Súmula nº 448, item I, do TST (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4, item I, da SbdI-1 do TST), de que a mera constatação de laudo pericial não gera o direito à percepção do adicional de insalubridade, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial do Ministério do Trabalho e Emprego, *in verbis*:

"SUM-448 ATIVIDADE INSALUBRE. CARACTERIZAÇÃO. PREVISÃO NA NORMA REGULAMENTADORA Nº 15 DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO Nº 3.214/78. INSTALAÇÕES SANITÁRIAS. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4 da SBDI-I com nova redação do item II) - Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014

I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho."

Com efeito, o Regional, ao condenar a reclamada ao pagamento de adicional de insalubridade em grau médio em razão da exposição do reclamante à substância "álcalis cáusticos" diluída em produtos de limpeza, contrariou a Súmula nº 448, item I, do TST (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4, item I, da SbdI-1 do TST).

Ante o exposto, **conheço** do recurso de revista, por contrariedade à Súmula nº 448, item I, do TST (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4, item I, da SbdI-1 do TST).

II – MÉRITO



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

Conhecido o recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 448, item I, do TST (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4, item I, da SbDI-1 do TST), seu provimento é medida que se impõe.

Assim, **dou provimento** ao recurso de revista para, reformando o acórdão regional, excluir da condenação o pagamento do adicional de insalubridade.

3. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO

CONHECIMENTO

Fica **prejudicada** a análise do mérito do recurso nesse particular, tendo em vista o provimento do recurso de revista no tema antecedente, para excluir da condenação o adicional de insalubridade.

4. HORAS EXTRAS. JUNTADA DOS CARTÕES DE PONTO EM PERÍODO PARCIAL. SÚMULA Nº 338, ITEM I, DO TST. PRESUNÇÃO RELATIVA DA JORNADA DE TRABALHO. JORNADA ARBITRADA COM BASE NA PROVA TESTEMUNHAL QUE, POR SUA VEZ, CONFIRMOU AS ALEGAÇÕES DO AUTOR NA INICIAL. NÃO INCIDÊNCIA DO ENTENDIMENTO CONSUBSTANCIADO NA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 233 DA SBDI-1 DESTA CORTE

CONHECIMENTO

Sobre o tema, manifestou-se o Regional:

“1. HORAS EXTRAS. JORNADA DE TRABALHO. VALIDADE DOS REGISTROS DE HORÁRIO E DO REGIME COMPENSATÓRIO. REFLEXOS DECORRENTES DO AUMENTO DA MÉDIA REMUNERATÓRIA.

A reclamada apela em relação às horas extras deferidas à parte autora. Afirma, em síntese, ser necessária prova robusta a afastar os registros de horário, o que não há nos autos, devendo ser considerada a confissão do autor nesse aspecto, constante no depoimento por ele prestado em juízo. Também entende que, diante da controversa prova oral, deve ser arbitrada média consignada nos registros em relação ao período em que não apresentados controles. Argumenta, ainda, que, admitidos os registros, deve ser reconhecida validade ao regime de compensação horária previsto nas normas coletivas ("banco de horas"), devidamente observado, não tendo o autor comprovado a existência de diferenças a seu favor.



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

Pretende, assim, a exclusão da condenação ao pagamento de horas extras e seus consectários, ou, sucessivamente, sejam consideradas extras apenas as horas laboradas excedentes "ao regime compensatório semanal ou da décima hora diária" (Id f3242bf - Pág. 6), limitando-se a condenação ao adicional (Id f3242bf - Págs. 4/6).

O reclamante insurge-se contra a rejeição do pedido de reflexos decorrentes do aumento da média remuneratória, postulando "a reforma da r. sentença para condenar a reclamada ao pagamento dos reflexos das horas extras em repousos semanais remunerados e, pelo aumento da média remuneratória, nas demais verbas salariais deferidas no presente feito." (Id c7fa440 - Pág. 3).

O Juízo a quo afastou a validade dos registros de horário apresentados pela ré, e que não compreendem a integralidade do período do contrato ("Com efeito, não fosse a reclamada ter juntado apenas alguns registros de horário da contratualidade, percebo pelo depoimento da testemunha Sr. Ariovaldo que os cartões-ponto não eram assinalados de forma correta, sendo, inclusive, entregues aos empregados de forma pré-assinalada pela empresa, com o intuito de evitar o pagamento das horas extras prestadas. - Id ba75992 - Pág. 3), arbitrando a jornada de trabalho do autor como sendo das 7h às 18h30min, com uma hora de intervalo (30 minutos às segundas-feiras), e das 8h às 12h aos sábados. Deferiu ao autor as correspondentes horas extras, reconhecendo inválido o ajuste compensatório, nos termos do item IV da Súmula 85 do TST (Id ba75992 - Págs. 2/4).

Ao exame.

Inicialmente, destaco ter o autor laborado para a empresa ré no período de 22/03/2011 a 04/07/2012, exercendo a função de Promotor de vendas. Sua última remuneração, considerada para fins resilitórios, foi de R\$1.050,73 (TRCT nos Id's 747235 - Págs. 1/2 e 1181143 - Págs. 2/3, Registro de Empregado no Id 1181161 - Págs. 1/3 e Contrato de Trabalho no Id 1181161 - Págs. 4/5).

Os registros de horário apresentados pela reclamada, embora incompletos (abrangendo cinco meses no período de maio de 2011 a janeiro de 2012, conforme Id 1181070 - Págs. 1/5), consignam marcações variáveis e a assinatura do autor, sendo, presumivelmente, válidos.

Ocorre que, como decidido na Origem, além de não abarcarem todo o período contratual, o autor, por meio da prova oral, se desincumbiu de seu ônus de afastar a validade desses registros como meio de prova.

O reclamante, diversamente do que sustenta a recorrente, não confessou a validade dos cartões de ponto, uma vez que, em depoimento pessoal, informou que "anotava o cartão ponto numa vez só no mês; que algumas vezes o depoente preenchia o cartão e em outras já vinha preenchido; que os horários não constavam corretamente" (Id 3061457 - Pág. 1).



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

A testemunha Ariovaldo, ouvida a convite do autor, igualmente informou que "recebia o cartão ponto já preenchido; que o depoente nunca teve horas extras registrada; que não registrava os horários corretamente" (sic, Id 3061457 - Pág. 2).

Assim, tenho por demonstrada a não correspondência entre a efetiva jornada laborada pelo autor e os horários anotados nos registros apresentados pela ré nos presentes autos eletrônicos, que, além disso, estão incompletos, pelo que não procede o apelo da demandada quanto à validade dos registros e utilização da média ali constante no período em que não juntados os controles.

Não há recurso especificamente no que diz respeito à jornada de trabalho arbitrada pelo Juízo da Origem, diante da invalidade/ausência de registros de horário. Outrossim, inválidos os registros de horário, não se cogita da validade de qualquer ajuste de compensação de horas, pois o fidedigno controle da jornada laborada é pressuposto para o reconhecimento de qualquer regime compensatório.

São devidas como extras, assim, as horas excedentes da jornada de 8 horas diárias e 44 horas semanais, tal como deferido na Origem, sendo de destacar já estar autorizado na sentença o abatimento de valores pagos sob o mesmo título, relativos à mesma competência (Id ba75992 - Pág. 4).

Merece, todavia, provimento o apelo do autor, diante dos termos em que deferidos os reflexos da condenação na sentença: "(...) com reflexos em aviso prévio, saldo de salário, repouso semanais remunerados, férias com um terço, gratificação natalina e FGTS com acréscimo de 40%." (Id ba75992 - Pág. 4).

Os reflexos das horas extras são devidos primeiramente em repouso semanais remunerados e, após, pelo aumento da média remuneratória, nas demais verbas deferidas, pois esse critério decorre do dever de computar os reflexos das horas extraordinárias habitualmente prestadas no cálculo dos repouso semanais remunerados, na forma do que dispõe o já citado artigo 7º da Lei 605/49. A integração das horas extras em repouso acarreta o aumento da média remuneratória, refletindo, após, nas demais parcelas deferidas ao empregado, sem que isso configure bis in idem.

Não adoto, portando, o entendimento consubstanciado na OJ 394 da SDI-1 do TST.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso da reclamada e dou provimento ao apelo do reclamante para determinar que os reflexos das horas extras que lhe foram deferidas se deem primeiramente em repouso semanais remunerados e, após, pelo aumento da média remuneratória, nas demais parcelas determinadas na sentença (salário do período do aviso prévio, remuneração das férias com um terço, gratificação natalina e FGTS com acréscimo de 40%)." (págs. 470-472, destacou-se)



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

Nas razões do recurso de revista, a reclamada afirma que o Regional desconsiderou os registros de ponto (prova documental) e adotou como fundamento o depoimento de testemunha suspeita, que, além de ter declarado que mantém relação de amizade há mais de seis anos com o autor, move reclamação trabalhista contra o mesmo empregador.

Indica violação dos artigos 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, 131 do CPC e 8º, *caput*, da CLT.

Defende, ainda, que a ausência de parte dos registros de ponto não acarreta, automaticamente, a condenação aleatória com base na prova testemunhal, pois, não havendo indício de mudança no procedimento referente às horas extras, deve ser considerado o pagamento com base na média da jornada laboral praticada, conforme cartões pontos acostados aos autos e declarados fidedignos. Indica contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 233 da SbDI-1 do TST e transcreve arestos para o cotejo de teses.

Ao exame.

Consignou o Regional que os registros de ponto, além de não abarcarem todo o período contratual, foram desconstituídos por prova oral, que confirmou as alegações do autor no sentido de que os cartões de ponto "*já vinham preenchidos*" e que os horários não eram registrados corretamente.

O item I da Súmula nº 338 da SbDI-1 deste Tribunal dispõe o seguinte:

"É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário".

Nos termos da Súmula nº 338, item I, do TST, é ônus do empregador, que conta com mais de 10 (dez) empregados, o registro da jornada de trabalho na forma do artigo 74, § 2º, da CLT, sendo que a não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho alegada na inicial, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

Assim sendo, nos termos da referida súmula, se a reclamada não trouxe aos autos a totalidade dos registros de frequência do reclamante e há prova testemunhal a corroborar a invalidade dos citados registros que foram colacionados apenas parcialmente aos autos, é de se reconhecer correta a fixação da jornada, relativamente ao período faltante, com base nos termos declinados na petição inicial.



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

Diante do quadro fático-probatório delineado pelo TRT, soberano na análise dos elementos de prova dos autos (Súmula nº 126 do TST), não se verifica justificativa para a não apresentação desses registros.

Esclareça-se, ainda, que, desconsiderar a presunção resultante da não apresentação de todos os registros de jornada do reclamante, significaria beneficiar a reclamada pelo descumprimento de uma obrigação que lhe é legalmente imposta.

Nesse caso, observa-se que o Tribunal Regional decidiu em consonância com a Súmula nº 338, item I, do TST, tendo em vista que a juntada parcial dos controles de horário, como ocorreu no caso, acarreta a presunção relativa de veracidade da jornada indicada na petição inicial, não havendo falar em violação dos artigos 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, 131 do CPC e 8º, *caput*, da CLT.

A considerar a invalidade dos registros de ponto, também não há falar em incidência da Orientação Jurisprudencial nº 233 da SbDI-1 do TST, segundo a qual *“a decisão que defere horas extras com base em prova oral ou documental não ficará limitada ao tempo por ela abrangido, desde que o julgador fique convencido de que o procedimento questionado superou aquele período”*, isso porque o citado verbete jurisprudencial parte da premissa de que existiu prova documental válida, critério não observado no caso concreto.

Não conheço.

5. COMPENSAÇÃO DE JORNADA

CONHECIMENTO

Sobre o tema, manifestou-se o Regional:

“1. HORAS EXTRAS. JORNADA DE TRABALHO. VALIDADE DOS REGISTROS DE HORÁRIO E DO REGIME COMPENSATÓRIO. REFLEXOS DECORRENTES DO AUMENTO DA MÉDIA REMUNERATÓRIA.

A reclamada apela em relação às horas extras deferidas à parte autora. Afirma, em síntese, ser necessária prova robusta a afastar os registros de horário, o que não há nos autos, devendo ser considerada a confissão do autor nesse aspecto, constante no depoimento por ele prestado em juízo. Também entende que, diante da controversa prova oral, deve ser arbitrada média consignada nos registros em relação ao período em que não apresentados controles. Argumenta, ainda, que, admitidos os registros, deve ser reconhecida validade ao regime de compensação horária previsto nas normas coletivas (“banco de horas”), devidamente observado, não tendo o autor comprovado a existência de diferenças a seu favor.



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

Pretende, assim, a exclusão da condenação ao pagamento de horas extras e seus consectários, ou, sucessivamente, sejam consideradas extras apenas as horas laboradas excedentes "ao regime compensatório semanal ou da décima hora diária" (Id f3242bf - Pág. 6), limitando-se a condenação ao adicional (Id f3242bf - Págs. 4/6).

O reclamante insurge-se contra a rejeição do pedido de reflexos decorrentes do aumento da média remuneratória, postulando "a reforma da r. sentença para condenar a reclamada ao pagamento dos reflexos das horas extras em repouso semanais remunerados e, pelo aumento da média remuneratória, nas demais verbas salariais deferidas no presente feito." (Id c7fa440 - Pág. 3).

O Juízo a quo afastou a validade dos registros de horário apresentados pela ré, e que não compreendem a integralidade do período do contrato ("Com efeito, não fosse a reclamada ter juntado apenas alguns registros de horário da contratualidade, percebo pelo depoimento da testemunha Sr. Ariovaldo que os cartões-ponto não eram assinalados de forma correta, sendo, inclusive, entregues aos empregados de forma pré-assinalada pela empresa, com o intuito de evitar o pagamento das horas extras prestadas. - Id ba75992 - Pág. 3), arbitrando a jornada de trabalho do autor como sendo das 7h às 18h30min, com uma hora de intervalo (30 minutos às segundas-feiras), e das 8h às 12h aos sábados. Deferiu ao autor as correspondentes horas extras, reconhecendo inválido o ajuste compensatório, nos termos do item IV da Súmula 85 do TST (Id ba75992 - Págs. 2/4).

Ao exame.

Inicialmente, destaco ter o autor laborado para a empresa ré no período de 22/03/2011 a 04/07/2012, exercendo a função de Promotor de vendas. Sua última remuneração, considerada para fins resilitórios, foi de R\$1.050,73 (TRCT nos Id's 747235 - Págs. 1/2 e 1181143 - Págs. 2/3, Registro de Empregado no Id 1181161 - Págs. 1/3 e Contrato de Trabalho no Id 1181161 - Págs. 4/5).

Os registros de horário apresentados pela reclamada, embora incompletos (abrangendo cinco meses no período de maio de 2011 a janeiro de 2012, conforme Id 1181070 - Págs. 1/5), consignam marcações variáveis e a assinatura do autor, sendo, presumivelmente, válidos.

Ocorre que, como decidido na Origem, além de não abarcarem todo o período contratual, o autor, por meio da prova oral, se desincumbiu de seu ônus de afastar a validade desses registros como meio de prova.

O reclamante, diversamente do que sustenta a recorrente, não confessou a validade dos cartões de ponto, uma vez que, em depoimento pessoal, informou que "anotava o cartão ponto numa vez só no mês; que algumas vezes o depoente preenchia o cartão e em outras já vinha preenchido; que os horários não constavam corretamente" (Id 3061457 - Pág. 1).

A testemunha Ariovaldo, ouvida a convite do autor, igualmente informou que "recebia o cartão ponto já preenchido; que o depoente nunca



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

teve horas extras registrada; que não registrava os horários corretamente" (sic, Id 3061457 - Pág. 2).

Assim, tenho por demonstrada a não correspondência entre a efetiva jornada laborada pelo autor e os horários anotados nos registros apresentados pela ré nos presentes autos eletrônicos, que, além disso, estão incompletos, pelo que não procede o apelo da demandada quanto à validade dos registros e utilização da média ali constante no período em que não juntados os controles.

Não há recurso especificamente no que diz respeito à jornada de trabalho arbitrada pelo Juízo da Origem, diante da invalidade/ausência de registros de horário. **Outrossim, inválidos os registros de horário, não se cogita da validade de qualquer ajuste de compensação de horas, pois o fidedigno controle da jornada laborada é pressuposto para o reconhecimento de qualquer regime compensatório.**

São devidas como extras, assim, as horas excedentes da jornada de 8 horas diárias e 44 horas semanais, tal como deferido na Origem, sendo de destacar já estar autorizado na sentença o abatimento de valores pagos sob o mesmo título, relativos à mesma competência (Id ba75992 - Pág. 4).

Merece, todavia, provimento o apelo do autor, diante dos termos em que deferidos os reflexos da condenação na sentença: "(...) com reflexos em aviso prévio, saldo de salário, repouso semanais remunerados, férias com um terço, gratificação natalina e FGTS com acréscimo de 40%." (Id ba75992 - Pág. 4).

Os reflexos das horas extras são devidos primeiramente em repouso semanais remunerados e, após, pelo aumento da média remuneratória, nas demais verbas deferidas, pois esse critério decorre do dever de computar os reflexos das horas extraordinárias habitualmente prestadas no cálculo dos repouso semanais remunerados, na forma do que dispõe o já citado artigo 7º da Lei 605/49. A integração das horas extras em repouso acarreta o aumento da média remuneratória, refletindo, após, nas demais parcelas deferidas ao empregado, sem que isso configure bis in idem.

Não adoto, portando, o entendimento consubstanciado na OJ 394 da SDI-1 do TST.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso da reclamada e dou provimento ao apelo do reclamante para determinar que os reflexos das horas extras que lhe foram deferidas se deem primeiramente em repouso semanais remunerados e, após, pelo aumento da média remuneratória, nas demais parcelas determinadas na sentença (salário do período do aviso prévio, remuneração das férias com um terço, gratificação natalina e FGTS com acréscimo de 40%)." (págs. 470-472, destacou-se)

Nas razões do recurso de revista, a reclamada defende que são devidas apenas as horas objeto da compensação, de forma a serem remuneradas apenas pelo adicional.



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

Indica violação dos artigos 5º, inciso II, da Constituição Federal, 59 da CLT e contrariedade à Súmula nº 85, itens III e IV, do TST. Transcreve um aresto para o cotejo de teses.

Ao exame.

No que diz respeito à compensação de jornada, o Regional limitou-se a consignar que *“inválidos os registros de horário, não se cogita da validade de qualquer ajuste de compensação de horas, pois o fidedigno controle da jornada laborada é pressuposto para o reconhecimento de qualquer regime compensatório”* (pág. 472).

Nesses termos, não houve, por parte do Regional, adoção de tese explícita acerca do teor da Súmula nº 85, itens III e IV, do TST, nem foi a Corte *a quo* instada a fazê-lo por meio de embargos de declaração, incidindo, portanto, o óbice da Súmula nº 297, itens I e II, deste Tribunal, ante a falta de prequestionamento da matéria.

Além disso, a indicação de afronta ao artigo 59 da CLT não se amolda ao disposto na Súmula nº 221 desta Corte e no artigo 896, § 1º-A, inciso II, da CLT.

Cumprе destacar que a invocação genérica de violação do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, em regra, como ocorre neste caso, não é suficiente para autorizar o conhecimento do recurso de revista com base na previsão da alínea “c” do artigo 896 da CLT, na medida em que, para sua constatação, seria necessário concluir, previamente, ter ocorrido ofensa a preceito infraconstitucional.

Por fim, o aresto transcrito à pág. 515 é oriundo do mesmo Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, em desatenção ao que preceitua o artigo 896, alínea “a”, da CLT.

Não conheço.

6. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO ACRESCIDO DE HORAS EXTRAS. REFLEXOS EM DEMAIS PARCELAS. AUMENTO DA MÉDIA REMUNERATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM

I - CONHECIMENTO

Sobre o tema, manifestou-se o Regional:

“1. HORAS EXTRAS. JORNADA DE TRABALHO. VALIDADE DOS REGISTROS DE HORÁRIO E DO REGIME COMPENSATÓRIO. REFLEXOS DECORRENTES DO AUMENTO DA MÉDIA REMUNERATÓRIA.



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

A reclamada apela em relação às horas extras deferidas à parte autora. Afirma, em síntese, ser necessária prova robusta a afastar os registros de horário, o que não há nos autos, devendo ser considerada a confissão do autor nesse aspecto, constante no depoimento por ele prestado em juízo. Também entende que, diante da controversa prova oral, deve ser arbitrada média consignada nos registros em relação ao período em que não apresentados controles. Argumenta, ainda, que, admitidos os registros, deve ser reconhecida validade ao regime de compensação horária previsto nas normas coletivas ("banco de horas"), devidamente observado, não tendo o autor comprovado a existência de diferenças a seu favor.

Pretende, assim, a exclusão da condenação ao pagamento de horas extras e seus consectários, ou, sucessivamente, sejam consideradas extras apenas as horas laboradas excedentes "ao regime compensatório semanal ou da décima hora diária" (Id f3242bf - Pág. 6), limitando-se a condenação ao adicional (Id f3242bf - Págs. 4/6).

O reclamante insurge-se contra a rejeição do pedido de reflexos decorrentes do aumento da média remuneratória, postulando "a reforma da r. sentença para condenar a reclamada ao pagamento dos reflexos das horas extras em repouso semanais remunerados e, pelo aumento da média remuneratória, nas demais verbas salariais deferidas no presente feito." (Id c7fa440 - Pág. 3).

O Juízo a quo afastou a validade dos registros de horário apresentados pela ré, e que não compreendem a integralidade do período do contrato ("Com efeito, não fosse a reclamada ter juntado apenas alguns registros de horário da contratualidade, percebo pelo depoimento da testemunha Sr. Ariovaldo que os cartões-ponto não eram assinalados de forma correta, sendo, inclusive, entregues aos empregados de forma pré-assinalada pela empresa, com o intuito de evitar o pagamento das horas extras prestadas. - Id ba75992 - Pág. 3), arbitrando a jornada de trabalho do autor como sendo das 7h às 18h30min, com uma hora de intervalo (30 minutos às segundas-feiras), e das 8h às 12h aos sábados. Deferiu ao autor as correspondentes horas extras, reconhecendo inválido o ajuste compensatório, nos termos do item IV da Súmula 85 do TST (Id ba75992 - Págs. 2/4).

Ao exame.

Inicialmente, destaco ter o autor laborado para a empresa ré no período de 22/03/2011 a 04/07/2012, exercendo a função de Promotor de vendas. Sua última remuneração, considerada para fins resilitórios, foi de R\$1.050,73 (TRCT nos Id's 747235 - Págs. 1/2 e 1181143 - Págs. 2/3, Registro de Empregado no Id 1181161 - Págs. 1/3 e Contrato de Trabalho no Id 1181161 - Págs. 4/5).

Os registros de horário apresentados pela reclamada, embora incompletos (abrangendo cinco meses no período de maio de 2011 a janeiro de 2012, conforme Id 1181070 - Págs. 1/5), consignam marcações variáveis e a assinatura do autor, sendo, presumivelmente, válidos.



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

Ocorre que, como decidido na Origem, além de não abarcarem todo o período contratual, o autor, por meio da prova oral, se desincumbiu de seu ônus de afastar a validade desses registros como meio de prova.

O reclamante, diversamente do que sustenta a recorrente, não confessou a validade dos cartões de ponto, uma vez que, em depoimento pessoal, informou que "anotava o cartão ponto numa vez só no mês; que algumas vezes o depoente preenchia o cartão e em outras já vinha preenchido; que os horários não constavam corretamente" (Id 3061457 - Pág. 1).

A testemunha Ariovaldo, ouvida a convite do autor, igualmente informou que "recebia o cartão ponto já preenchido; que o depoente nunca teve horas extras registrada; que não registrava os horários corretamente" (sic, Id 3061457 - Pág. 2).

Assim, tenho por demonstrada a não correspondência entre a efetiva jornada laborada pelo autor e os horários anotados nos registros apresentados pela ré nos presentes autos eletrônicos, que, além disso, estão incompletos, pelo que não procede o apelo da demandada quanto à validade dos registros e utilização da média ali constante no período em que não juntados os controles.

Não há recurso especificamente no que diz respeito à jornada de trabalho arbitrada pelo Juízo da Origem, diante da invalidade/ausência de registros de horário. Outrossim, inválidos os registros de horário, não se cogita da validade de qualquer ajuste de compensação de horas, pois o fidedigno controle da jornada laborada é pressuposto para o reconhecimento de qualquer regime compensatório.

São devidas como extras, assim, as horas excedentes da jornada de 8 horas diárias e 44 horas semanais, tal como deferido na Origem, sendo de destacar já estar autorizado na sentença o abatimento de valores pagos sob o mesmo título, relativos à mesma competência (Id ba75992 - Pág. 4).

Merece, todavia, provimento o apelo do autor, diante dos termos em que deferidos os reflexos da condenação na sentença: "(...) com reflexos em aviso prévio, saldo de salário, repouso semanais remunerados, férias com um terço, gratificação natalina e FGTS com acréscimo de 40%." (Id ba75992 - Pág. 4).

Os reflexos das horas extras são devidos primeiramente em repouso semanais remunerados e, após, pelo aumento da média remuneratória, nas demais verbas deferidas, pois esse critério decorre do dever de computar os reflexos das horas extraordinárias habitualmente prestadas no cálculo dos repouso semanais remunerados, na forma do que dispõe o já citado artigo 7º da Lei 605/49. A integração das horas extras em repouso acarreta o aumento da média remuneratória, refletindo, após, nas demais parcelas deferidas ao empregado, sem que isso configure bis in idem.

Não adoto, portando, o entendimento consubstanciado na OJ 394 da SDI-1 do TST.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso da reclamada e dou provimento ao apelo do reclamante para determinar que os reflexos das



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

horas extras que lhe foram deferidas se deem primeiramente em repouso semanais remunerados e, após, pelo aumento da média remuneratória, nas demais parcelas determinadas na sentença (salário do período do aviso prévio, remuneração das férias com um terço, gratificação natalina e FGTS com acréscimo de 40%).” (págs. 470-472, destacou-se)

Nas razões do recurso de revista, a reclamada afirma que a integração das horas extras nos DSRs e reflexos desses em outras verbas configura pagamento em duplicidade, contrariando, assim, o disposto na Orientação Jurisprudencial nº 394 da SbDI-1, haja vista que, consoante preconiza a Súmula nº 172, também desta Corte, as horas extras habituais já compõem o cálculo do repouso semanal remunerado. Colaciona divergência jurisprudencial.

Ao exame.

Discute-se a aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 394 da SbDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho ao caso destes autos.

O Regional, ao analisar a matéria, afastou a aplicação da OJ referida, ao fundamento de que *“os reflexos das horas extras são devidos primeiramente em repouso semanais remunerados e, após, pelo aumento da média remuneratória, nas demais verbas deferidas, pois esse critério decorre do dever de computar os reflexos das horas extraordinárias habitualmente prestadas no cálculo dos repouso semanais remunerados, na forma do que dispõe o já citado artigo 7º da Lei 605/49”* (pág. 472), concluindo, assim, que *“a integração das horas extras em repouso acarreta o aumento da média remuneratória, refletindo, após, nas demais parcelas deferidas ao empregado, sem que isso configure bis in idem”* (pág. 472).

Com feito, a jurisprudência desta Corte firmou a tese de que a incidência do repouso semanal remunerado, acrescido das horas extras, no cálculo das férias, do 13º salário, do aviso prévio e do FGTS, configura *bis in idem*. É o que se extrai da Orientação Jurisprudencial nº 394 da SbDI-1 do TST, *in verbis*:

"REPOUSO SEMANAL REMUNERADO - RSR. INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAS. NÃO REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DAS FÉRIAS, DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, DO AVISO PRÉVIO E DOS DEPÓSITOS DO FGTS. (DEJT divulgado em 09, 10 e 11.06.2010)

A majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de "bis in idem"."

A questão, contudo, foi objeto do Incidente de Recurso de Revista Repetitivo nº IRR-10169-57.2013.5.05.0024, de Relatoria do Exmo. Ministro Márcio Eurico Vitral Firmado por assinatura digital em 09/02/2022 pelo sistema Assinejus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

Amaro, instaurado em razão da existência de súmula de Tribunal Regional do Trabalho em sentido contrário à tese consagrada na referida Orientação Jurisprudencial.

Após intenso debate na Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, acerca da matéria, pela maioria significativa de 10 votos a favor contra 3 em sentido contrário, fixou-se a tese jurídica de que:

“A majoração do valor do repouso semanal remunerado, decorrente da integração das horas extras habituais, deve repercutir no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sem que se configure a ocorrência de *'bis in idem'*”.

Todavia, em observância ao princípio da segurança jurídica, com fulcro no artigo 927, § 3º, do CPC de 2015, determinou-se a modulação dos efeitos da nova tese para que esta somente seja aplicada aos cálculos das parcelas cuja exigibilidade se aperfeiçoe a partir da data daquele julgamento (inclusive) ocorrido em 14/12/2017, a qual foi adotada como marco modulatório.

Conforme ficou estabelecido, não se trata de comando direcionado aos cálculos da liquidação nos processos em trâmite na Justiça do Trabalho, mas, sim, de exigibilidade que se dará na constância do contrato de trabalho, no momento do pagamento das verbas trabalhistas, quando o empregador realizar o cálculo das parcelas devidas ao trabalhador, ocasião em que deverá observar a tese firmada na SbDI-1 no julgamento do Incidente de Recurso Repetitivo em questão.

Determinou-se, ainda, a suspensão da proclamação do resultado do julgamento e a submissão, ao Tribunal Pleno desta Corte, da questão relativa à revisão ou cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 394 da SbDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista que a maioria dos ministros daquela Subseção votou em sentido contrário ao citado verbete.

Salienta-se que, na sessão ocorrida em 22/3/2018, a SBDI-1, à unanimidade, decidiu chamar o feito à ordem para renovar o prazo de suspensão da publicação do resultado do julgamento do Incidente de Recurso Repetitivo a partir do dia 27/3/2018 e, em consequência, retirar o processo de pauta, remetendo-o ao Tribunal Pleno, consoante estabelecido na decisão proferida na sessão do dia 14/12/2017.

Não houve, todavia, determinação de suspensão dos demais recursos em trâmite nesta Corte, motivo pelo qual a matéria tem sido examinada naquela Subseção e em Turmas desta Corte.



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

Corroboram esse entendimento, os seguintes precedentes da SbdI-1:

"I - RECURSO DE EMBARGOS DA RECLAMADA - INTERPOSIÇÃO SOB A REGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - BASE DE CÁLCULO - COTA-PARTE PREVIDENCIÁRIA A CARGO DO EMPREGADOR Esta Corte firmou o entendimento de não se incluir na base de cálculo dos honorários advocatícios a cota-parte previdenciária do empregador. Embargos conhecidos e providos . II - RECURSO DE EMBARGOS DO RECLAMANTE - INTERPOSIÇÃO SOB A REGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 - **REFLEXOS DOS REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS, MAJORADOS COM A INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAS, EM OUTRAS VERBAS - BIS IN IDEM** 1. Esta Corte firmou a tese de que " a majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de ' bis in idem' ", nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 394 da C. SDI-1. 2. Acolhida a proposta de incidente de Recurso de Revista repetitivo IRR-10169-57.2013.5.05.0024, não houve a determinação de suspensão dos demais recursos que tramitam neste Tribunal, subsistindo a aplicação desse verbete . 2. Estando o acórdão embargado em sintonia com o referido entendimento, inviável o conhecimento dos Embargos (art. 894, II, e § 2º, da CLT). Embargos não conhecidos " (E-ED-RR-365-18.2014.5.03.0014, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, **Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 29/11/2019**).

"AGRAVO INTERNO. RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELAS LEIS Nos 13.015/2014 E 13.105/2015. MATÉRIA AFETADA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. RECURSO DE REVISTA JULGADO PELA TURMA APÓS INSTAURAÇÃO DO IRR. AUSÊNCIA DE SUSPENSÃO DOS PROCESSOS PELO RELATOR. RECURSO DE EMBARGOS MAL APARELHADO. NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 894, II, DA CLT. 1. A Eg. 1ª Turma deu provimento ao recurso de revista interposto pelo reclamado Banco Santander, quanto ao tema "Repouso semanal remunerado majorado. Integração das horas extras habituais. Não repercussão no cálculo das demais parcelas salariais", para "reformando o acórdão recorrido, excluir da condenação os reflexos decorrentes da majoração do valor do repouso semanal remunerado, pela integração das horas extras, no cálculo das férias + 1/3, gratificação natalina, aviso prévio e FGTS. Valor da condenação inalterado". 2. Na Sessão Ordinária realizada em 9 de fevereiro de 2017, esta Subseção acolheu proposta de incidente de recurso de revista repetitivo aprovada pela Sexta Turma, afetando à SBDI-1 Plena a matéria "Repouso semanal remunerado - RSR. Integração das horas extraordinárias habituais. Repercussão nas demais parcelas salariais. Bis in Idem. Orientação Jurisprudencial nº 394 da SbdI-1 do TST", em discussão nos presentes autos. Entretanto, o relator do incidente (IRR - 10169-57.2013.5.05.0024), Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, não determinou a suspensão dos recursos, na forma do art. 896-C, § 5º, da



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

CLT. Assim, ainda que o recurso de revista tenha sido julgado pela Turma, em 27.6.2018, após a instauração do IRR, não cabe a referida suspensão. 3. Não bastasse, o v. acórdão embargado foi publicado sob a vigência da Lei nº 13.015/2014, que imprimiu nova redação ao art. 894, II, da CLT, no sentido de que somente é cabível o recurso de embargos quando demonstrada divergência jurisprudencial entre Turmas do TST (OJ 95/SBDI-1) ou destas com as decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais ou contrariedade a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. Ociosa, portanto, a indicação de ofensa a dispositivos de Lei. Assim, ainda que fosse determinada, de ofício, a suspensão do apelo no âmbito desta Subseção, a sua apreciação após o julgamento do IRR não teria qualquer utilidade ao reclamante. 4. Interposto à deriva dos requisitos traçados no art. 894, II, da CLT, impossível o processamento do recurso. Agravo interno conhecido e desprovido" (Ag-E-ED-ARR-1081-61.2011.5.02.0084, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, **Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 15/03/2019**).

Destacam-se, ainda, os seguintes precedentes de Turmas desta

Corte:

"AGRAVO INTERNO EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS EM PLR. A discussão dos autos não difere das muitas outras devolvidas a esta Corte, em processos envolvendo a Caixa Econômica Federal, a partir dos quais foi firmado o entendimento de que as horas extras, ainda que habitualmente prestadas, não integram o cálculo da PLR em razão do seu caráter variável, situação que não autoriza que sejam consideradas como "parcela fixa", na esteira dos diversos precedentes recentes já citados pela decisão agravada. Assim, não há falar-se em modificação do julgado. Óbice do art. 896, § 7.º, da CLT e da Súmula n.º 333 do TST. REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS SOBRE OS RSR'S PARA POSTERIORES REFLEXOS - OJ N.º 394 DA SBDI-1 DO TST. Tal como concluiu a decisão agravada, o TRT de origem adotou posicionamento em harmonia com a jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Orientação Jurisprudencial n.º 394 da SBDI-1, segundo a qual "a majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das demais parcelas de natureza salarial, sob pena de caracterização de bis in idem". Ademais, verificado que as verbas ora discutidas têm origem em data anterior ao julgamento do Incidente de Recurso Repetitivo n.º 10169-57.2013.5.05.0024, mantém-se a aplicação da ratio contida na OJ n.º 394 da SBDI-1 do TST. Correta, portanto, a decisão agravada. Agravo conhecido e não provido" (Ag-RR-1456-80.2013.5.03.0111, **1ª Turma**, Relator Ministro Luiz Jose Dezena da Silva, DEJT 07/06/2021).

"REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS. REPERCUSSÃO. BIS IN IDEM . AUMENTO DA MÉDIA REMUNERATÓRIA. IRR-10169-57.2013.5.5.0013. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

DECISÃO. PROVIMENTO. Não obstante a tese firmada pela SBDI-1 desta Corte, no julgamento do IRR-10169-57.2013.5.5.0013, de que "A majoração do valor do repouso semanal remunerado, decorrente da integração das horas extras habituais, deve repercutir no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sem que se configure a ocorrência de bis in idem", houve modulação dos efeitos da referida decisão a permitir que, no presente caso, seja aplicável o entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 394 da SBDI-1. Nesse contexto, decisão regional que mantém os reflexos em razão do aumento da média remuneratória mensal do trabalho, decorrente da integração das horas extraordinárias, nos repouso semanais remunerados, está em contrariedade com o referido verbete jurisprudencial. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 394 da SBDI-1. Recurso de revista conhecido e provido." (RR-164-03.2010.5.09.0013, **4ª Turma**, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 26/03/2021).

RECURSO DE REVISTA. REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS NO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DAS FÉRIAS, DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, DO AVISO PRÉVIO E DOS DEPÓSITOS DO FGTS. BIS IN IDEM. AUMENTO DA MÉDIA REMUNERATÓRIA. I. Na oportunidade do julgamento do IRR-10169-57.2013.5.5.0013 (acórdão ainda pendente de publicação), a SBDI-1 do TST, firmou posição de que "a majoração do valor do repouso semanal remunerado, decorrente da integração das horas extras habituais, deve repercutir no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sem que se configure a ocorrência de bis in idem". II. Entretanto, destaca-se que a proclamação do resultado do julgamento do IRR-10169-57.2013.5.5.0013 foi suspensa, a fim de se submeter à apreciação do Tribunal Pleno a questão relativa à revisão ou cancelamento, se for o caso, da OJ nº 394 da SBDI-1 do TST. III. No presente caso, portanto, permanece a aplicação do referido verbete jurisprudencial, de modo que o egrégio Tribunal Regional, ao deferir o pedido de reflexos em razão do aumento da média remuneratória mensal do trabalho, decorrente da integração das horas extraordinárias nos repouso semanais remunerados, decidiu em confronto com o entendimento contido na OJ nº 394 da SBDI-1 do TST. IV. Recurso de revista de que se conhece, por contrariedade à OJ nº 394 da SBDI-1 do TST, e a que se dá provimento. (...) (RR-798-18.2012.5.06.0011, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, **4ª Turma**, DEJT 29/6/2018).

"I - AGRADO DO RECLAMANTE . RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 . ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 394 DA SBDI-1. APLICAÇÃO. INSTAURAÇÃO DO IRR TEMA Nº 9. AUSÊNCIA DE SUSPENSÃO DOS PROCESSOS PELO RELATOR. No dia 09/02/2017, esta Corte efetivamente acolheu proposta de Incidente de Recurso de Revista Repetitivo, Tema nº 9, afetando à SBDI-1 completa a matéria "Repouso semanal remunerado - RSR. Integração das horas extraordinárias habituais. Repercussão nas demais parcelas salariais. Bis in Idem . Orientação Jurisprudencial nº 394 da SBDI-1 do TST". Ocorre que o Relator do incidente (IRR-10169-57.2013.5.05.0024) , o Exmo. Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, não determinou a suspensão dos recursos , na forma do art. 896-C, § 5º, da CLT, de modo que a Orientação Jurisprudencial nº 394 da SBDI-1 permanece sendo aplicada no âmbito deste Tribunal. Agravo não



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

provido." (Ag-RR-1893-34.2013.5.03.0140, **5ª Turma**, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 19/06/2020).

"RECURSO DE REVISTA DOS RECLAMADOS. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS SOBRE O REPOUSO SEMANAL REMUNERADO E DESTE EM OUTRAS VERBAS (alegação de violação do artigo 884 do Código Civil, contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 394 da SBDI-1 do TST e divergência jurisprudencial). A SBDI-1 desta Corte já se posicionou no sentido de que as diferenças de remuneração de repousos semanais, decorrentes da repercussão das horas extras habituais, não devem incidir nas demais parcelas trabalhistas, conforme se verifica da Orientação Jurisprudencial nº 394: "A majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de 'bis in idem' ". Ressalte-se, contudo, que a SBDI-1 do TST, ao apreciar o IRR nº 10169-57.2013.5.05.0024, passou a adotar tese contrária à Orientação Jurisprudencial nº 394, no sentido de admitir da repercussão do RSR no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS. Todavia, a conclusão do julgamento do referido incidente ainda aguarda posicionamento definitivo do Pleno do TST. De todo o modo, a SBDI-1 já modulou os efeitos daquela decisão, definindo que esta só incidirá nos processos que tiverem os cálculos liquidados a partir de 14/12/2017. Em resumo, seja porque o IRR 10169-57.2013.5.05.0024 ainda aguardar a análise do Pleno do TST, seja porque a modulação dos efeitos do referido incidente não alcança o presente feito, tem-se que a Orientação Jurisprudencial nº 394 da SBDI-1 do TST deve continuar a incidir neste processo. Recurso de revista conhecido e provido." (RR-385-74.2012.5.03.0015, **7ª Turma**, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 01/10/2021).

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE - DESCANSO SEMANAL REMUNERADO MAJORADO PELA INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAORDINÁRIAS - AUMENTO DA MÉDIA REMUNERATÓRIA - REFLEXOS - POSSIBILIDADE - MODULAÇÃO DE EFEITOS. 1. No julgamento de incidente de recurso de revista repetitivo IRR-10169-57.2013.5. 0 5.0024, a SBDI-1 desta Corte fixou a tese jurídica de que a majoração da quantia do repouso semanal remunerado, decorrente da integração das horas extraordinárias habituais, deve repercutir no cálculo das demais parcelas que se baseiam no complexo salarial, não se cogitando de bis in idem por sua incidência no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso - prévio e do FGTS. 2. No referido julgamento, foi determinada modulação dos efeitos decisórios. Logo, a tese jurídica estabelecida no incidente somente será aplicada aos cálculos das parcelas cuja exigibilidade se aperfeiçoe a partir, inclusive, da data do presente julgamento, adotada como marco modulatório. Dessa forma, a referida tese, de efeito vinculante, terá aplicação em relação às parcelas, objeto de execução do contrato de trabalho, devidas a partir da data de julgamento do incidente de recurso repetitivo em que fora fixada, ou seja, a partir de 14/12/2017, inclusive. 3. Portanto, no presente caso mantém-se a incidência da Orientação Jurisprudencial nº 394 da SBDI-1 do TST. Agravo da reclamante desprovido. (Ag-AIRR-2194-04.2013.5.03.0003, **7ª Turma**, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT de 06/12/2019);



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

AGRAVO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. DSRs MAJORADOS PELAS HORAS EXTRAS. REFLEXOS EM OUTRAS VERBAS. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 394 DA SBDI-1 DO TST. MATÉRIA OBJETO DE INCIDENTE DE RECURSOS DE REVISTA REPETITIVOS. SUSPENSÃO. No procedimento de julgamento dos incidentes de recursos de revista repetitivos, a suspensão dos recursos de revista e dos embargos que versam sobre idêntica questão, no âmbito do TST, constitui faculdade do relator do incidente, como se extrai dos artigos 896-C, § 5º, da CLT e 5º, II, da Instrução Normativa nº 38 desta Corte. No caso do Tema Repetitivo nº 009, cujo objeto é idêntico à matéria discutida no presente feito (reflexos de DSRs majorados pelas horas extras), não houve tal determinação pelo relator na Egrégia Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Por tal razão, e por ter constatado que as demais Turmas desta Corte permanecem julgando os processos sobre o tema, mesmo depois de iniciado o julgamento do IRR-10169-57.2013.5.05.0024, em 14/12/2017, reconsiderarei a suspensão outrora determinada, relacionada à aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 394 da SDI-1 do TST. Por outro lado, a suspensão de que trata o Ofício Circular nº 317 do TST é a de recursos interpostos e pendentes no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho, realizada na forma do artigo 896-C, § 3º, da CLT, o qual não se confunde com a previsão do § 5º. Assim, inexistindo previsão legal para a suspensão do presente feito, tampouco determinação nesse sentido do relator do incidente do Tema Repetitivo nº 009, não procede a pretensão do autor. Agravo conhecido e não provido. DSRs MAJORADOS PELAS HORAS EXTRAS. REFLEXOS EM OUTRAS VERBAS. O pleito encontra-se superado pelo entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial nº 394 da SBDI-1, a qual aplico por disciplina judiciária. Agravo conhecido e não provido. (Ag-ED-RR-217400-73.2006.5.01.0521, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, **7ª Turma**, DEJT 22/2/2019);

O entendimento aqui exarado foi recentemente confirmado pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, no julgamento do Ag-E-Ag-RR-1180-72.2012.5.09.0093, da Relatoria do Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva, na sessão do dia 30/9/2021, em acórdão ainda pendente de publicação, do qual se extrai a seguinte ementa:

“AGRAVO EM RECURSO DE EMBARGOS EM AGRADO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI Nº 13.015/2014. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO MAJORADO PELAS HORAS EXTRAS - REPERCUSSÃO EM OUTRAS VERBAS - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 394 DA SBDI-1/TST. Esta Subseção já se posicionou no sentido de que as diferenças de remuneração de repousos semanais, decorrentes da repercussão das horas extras habituais, não devem incidir nas demais parcelas trabalhistas, conforme se verifica da Orientação Jurisprudencial nº 394. Ressalte-se, contudo, que, ao apreciar o IRR nº 10169-57.2013.5.05.0024, esta mesma Subseção passou a adotar tese contrária à Orientação Jurisprudencial nº 394, no sentido de admitir a repercussão do RSR no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

prévio e do FGTS. Todavia, a conclusão do julgamento do referido incidente ainda aguarda posicionamento definitivo do Pleno do TST. De todo o modo, esta Subseção já modulou os efeitos daquela decisão, definindo que ela só incidirá nos processos que tiverem os cálculos liquidados a partir de 14/12/2017. Em resumo, seja porque o IRR 10169-57.2013.5.05.0024 ainda aguarda a análise do Pleno do TST, seja porque a modulação dos efeitos do referido incidente não alcança o presente feito, tem-se que a Orientação Jurisprudencial nº 394 da SBDI-1 do TST deve continuar a incidir neste processo. Precedentes. Nesse passo, diante da conformidade do acórdão proferido pela Turma desta Corte com a jurisprudência iterativa e notória do TST, consubstanciada na Orientação Jurisprudencial nº 394 da SBDI-1/TST, constata-se que o recurso de embargos interposto pelo sindicato reclamante encontra óbice na norma contida no artigo 894, II, § 2º, da CLT, com a redação da Lei n.º 13.015/2014. Agravo desprovido.”

Constata-se, portanto, que o caso em análise não está abrangido pela modulação determinada, de modo que subsiste a aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 394 da SBDI-1 do TST.

Dessa forma, o Regional, ao deferir a repercussão das horas extras no cálculo de férias, gratificação natalina, aviso prévio e FGTS, decidiu em desalinho com a Orientação Jurisprudencial nº 394 da SBDI-1.

Conheço, pois, do recurso de revista por conflito com a Orientação Jurisprudencial nº 394 da SBDI-1, com ressalva de entendimento deste Relator.

II - MÉRITO

A consequência do conhecimento do recurso de revista por contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 394 da SBDI-1 da SBDI-1 deste Tribunal Superior do Trabalho é o seu provimento.

Assim, **dou provimento** ao recurso de revista para restabelecer a sentença de págs. 372-386, na qual se indeferiu o pagamento dos reflexos dos descansos semanais remunerados, já majorados por incidência das horas extraordinárias, nas demais parcelas.

7. INTERVALO INTRAJORNADA

CONHECIMENTO



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

Sobre o tema, manifestou-se o Regional ao examinar o recurso ordinário da reclamante:

"2 . INTERVALOS.

Alega a reclamada não ter sido considerado caracterizar-se, a jornada de trabalho do autor, como eminentemente externa, no atendimento a clientes, pelo que os intervalos eram pré-assinalados, na forma autorizada pelo art. 74, §2º, da CLT, e pelo art. 13 da Portaria nº 3.626/91, não tendo sido produzida prova suficiente a afastar a presunção de veracidade decorrente da pré-assinalação. Argumenta também que a média de visitas a clientes a que se refere a prova oral autoriza concluir pela possibilidade de fruição integral do intervalo. De forma sucessiva, requer seja a condenação limitada aos minutos faltantes para completar o período de intervalo (Id f3242bf - Págs. 7/8).

O autor, por outro lado, requer a reforma da sentença em relação à restrição da condenação ao pagamento do período de intervalo, como extra, a uma oportunidade na semana, alegando "que restou cabalmente comprovado que em 03 dias úteis da semana não era permitido pela reclamada o gozo da integralidade do intervalo para repouso e alimentação a que o reclamante tinha direito" (Id c7fa440 - Pág. 2).

A sentença considerou demonstrada pela prova oral a fruição irregular dos intervalos, limitada a uma oportunidade na semana: "Com efeito, demonstrado pela prova testemunhal colhida que havia a fruição integral do intervalo para descanso e alimentação em apenas dois dias por semana, defiro o pagamento de intervalo intrajornada, de uma hora, a cada dia de trabalho, em uma vez por semana de trabalho, com reflexos em aviso prévio, férias com um terço, gratificação natalina, repouso semanais remunerados e FGTS e acréscimo de 40%. Tem aplicação o disposto no § 4º do artigo 71 da CLT, pelo que se condena a reclamada ao pagamento do intervalo intrajornada como extra, com adicional de 50%. Considere-se que tal condenação abrange a hora acrescida do adicional, conforme imposto no já referido § 4º do artigo 71 da CLT. Entendo, porém, que o deferimento fica limitado a uma vez na semana, sendo razoável inferir que sexta-feira seria o dia de maior movimento e maior fluxo de entregas." (Id ba75992 - Págs. 4/5).

Analiso.

Os registros de horário do autor efetivamente consignam intervalos de, em média, duas horas (Id 1181070 - Págs. 1/5). Ocorre que esses registros, além de incompletos, foram considerados inválidos (decisão do tópico anterior), o que se estende aos intervalos ali marcados, mormente porque a não fruição regular de intervalo intrajornada foi apontada também pela prova oral: "que o depoente almoçava em apenas 15min; que em 02 dias na semana, em média, conseguia ter intervalo de 1h/50min; que acredita que o mesmo ocorresse com seus colegas, em rotas diferentes;" (depoimento pessoal do autor - Id 3061457, Pág. 1) "que o intervalo previsto era de 2h, mas na



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

prática, fazia um lanche de 15/20min; que segunda e terça conseguia ter intervalo de 1h a 2h; que estima que o mesmo ocorresse com seus colegas;" (depoimento da testemunha do autor Ariovaldo - Id 3061457, Pág. 2)

Não concedida ao autor a pausa mínima prevista no art. 71 da CLT, é devido o pagamento do tempo integral do intervalo, como extra, tal como deferido na Origem, em consonância com o entendimento consolidado na Súmula 437, I, do TST.

Em relação às oportunidades na semana em que desrespeitado o intervalo, entendo, em atenção à prova oral produzida, acima referida, bem como considerando o fato de o autor laborar externamente, possuindo maior controle acerca do período de intervalo, deva ser fixada em dois e três dias por semana, alternadamente (uma semana em dois dias e na seguinte em três dias, sucessivamente).

Recurso da reclamada não provido.

Apelo do autor parcialmente provido para determinar que a condenação relativa ao intervalo intrajornada (item "b" do dispositivo da sentença - Id ba75992 - Pág. 15) seja devida considerando a fruição irregular do intervalo em dois e em três dias por semana, alternadamente." (págs. 472-474, destacou-se)

Nas razões do recurso de revista, a reclamada afirma que a legislação trabalhista contempla a pré-assinalação do período de intervalos, repouso e alimentação, o que gera presunção de veracidade.

Sustenta que o acordo coletivo de trabalho prevê regra específica autorizando o pré-registro do horário de intervalo, competindo a cada empregado, acaso não gozado esse, a anotação do tempo efetivamente despendido. Por sua vez, assegura que o reclamante confessou que não havia fiscalização quanto ao gozo do intervalo intrajornada e que o intervalo era efetivamente gozado por ele, o que viola o artigo 350 do CPC.

Defende, por fim, que o autor deve comprovar os fatos constitutivos do alegado direito.

Indica violação dos artigos 5º, incisos II e LIV, 7º, inciso XXVI e 8º, inciso III, da Constituição Federal, 74, § 2º, e 818 da CLT, 333, inciso I, e 350 do CPC. Transcreve um aresto para o cotejo de teses.

Ao exame.

Registra-se, inicialmente, que a aplicação das normas de direito material previstas na CLT, que foram alteradas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, não atinge as situações pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada, não incidindo ao caso, portanto, o disposto no artigo 71, § 4º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

13.467/2017, visto que a relação de emprego foi encerrada em data anterior à vigência da referida lei.

O fundamento adotado pelo Regional para deferir ao reclamante o intervalo intrajornada, em face de sua fruição irregular, foi a invalidade dos registros de ponto e a contundência da prova testemunhal, em que se corroborou a não fruição do respectivo intervalo em sua totalidade.

Assim, para que esta Corte superior possa concluir de forma diversa quanto à prova apresentada, seja documental seja testemunhal, necessário seria o reexame da valoração de fatos e de provas do processo feita pelas esferas ordinárias, o que é absolutamente vedado a esta instância recursal de natureza extraordinária, nos termos da Súmula nº 126 do Tribunal Superior do Trabalho.

Afasta-se, por conseguinte, a indicada violação dos artigos 74, § 2º, e 818 da CLT, 333, inciso I, e 350 do CPC/73.

Por outro lado, nos termos da Súmula nº 437, item I, do TST, a não concessão total ou parcial do intervalo intrajornada para repouso e alimentação implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% do valor da remuneração da hora normal de trabalho (artigo 71 da CLT).

Confira-se:

“SUM-437 INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-I) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.”

Assim, suprimido parte do intervalo destinado ao repouso e à alimentação do empregado, deve ser pago a ele, como extra, todo o período mínimo assegurado por lei, com adicional de horas extraordinárias, e não apenas o período remanescente, como pretende a reclamada.

Registre-se, por oportuno, que não houve, por parte do Regional, adoção de tese explícita acerca da previsão contida em acordo coletivo de trabalho, nem foi a Corte *a quo* instada a fazê-lo por meio de embargos de declaração, incidindo, portanto, o óbice da Súmula nº 297, itens I e II, deste Tribunal, ante a falta de prequestionamento da matéria.

Firmado por assinatura digital em 09/02/2022 pelo sistema Assinejus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

Afasta-se, por conseguinte, a indicada violação dos artigos 7º, inciso XXVI e 8º, inciso III, da Constituição Federal.

Incólumes, pois, os artigos 5º, incisos II e LIV, 7º, inciso XXVI e 8º, inciso III, da Constituição Federal, 74, § 2º, e 818 da CLT, 333, inciso I, e 350 do CPC/73.

Cumprido destacar que a invocação genérica de violação do artigo 5º, incisos II e LIV, da Constituição Federal, em regra, como ocorre neste caso, não é suficiente para autorizar o processamento do recurso de revista com base na previsão da alínea "c" do artigo 896 da CLT, na medida em que, para sua constatação, seria necessário concluir, previamente, ter ocorrido ofensa a preceito infraconstitucional.

Por fim, o único aresto colacionado a fim de comprovar o dissenso jurisprudencial (pág. 517) é oriundo do mesmo Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, o que o torna inservível ao fim colimado, nos termos do artigo 896, alínea "a", da CLT.

Não conheço.

8. SALÁRIO SUBSTITUIÇÃO. JULGAMENTO EXTRA/ULTRA PETITA

CONHECIMENTO

Sobre o tema, manifestou-se o Regional:

"4. SALÁRIO-SUBSTITUIÇÃO.

A reclamada apela não resignada com a condenação ao pagamento de adicional ao autor a título de substituição de colega, no período de dezembro de 2011 a fevereiro de 2012. Alega ter o autor prejudicado a defesa da ora recorrente ao não informar o nome completo do funcionário que substituíu.

Requer a exclusão da condenação, "sob pena de afronta aos incisos II, LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal, bem como ao artigo 840 da CLT." (Id f3242bf - Págs. 8/9).

O reclamante também não se conforma com a sentença no aspecto, entendendo que, "uma vez comprovada a substituição, merece reforma a r. sentença para deferir ao reclamante o salário contratual de Vendedor praticado pela reclamada em cada um dos três meses de substituição, tomando como parâmetro os salários recebidos pelo Vendedor Fagner de Souza Falcão que constam nos contracheques do ID 1181110 - Págs. 13, 14 e 15", e, sucessivamente, que "deve ser considerada como base de cálculo da porcentagem (30%) deferida em sentença toda a remuneração do reclamante, que era composta, além do salário base, por remuneração variável e por premiação e que totalizou R\$ 1.036,04 em dezembro de 2011 (ID 1181095 - Pág. 6)." (Id c7fa440 - Págs. 4/5).



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

A sentença registrou no particular: "Embora não exista norma legal que ampare o direito à substituição, a Súmula nº. 159, I, do C. TST reconhece este direito, garantindo ao empregado substituto o recebimento de salário idêntico aquele percebido pelo trabalhador substituído, enquanto perdurar a substituição" e que "comprovada pela prova testemunhal colhida, em especial pelo depoimento da testemunha Sr. Ariovaldo, a substituição alegada, a qual não pode ser considerada como eventual, em razão do tempo de afastamento do empregado, defiro o pedido de salário-substituição.". Todavia, fixou o acréscimo salarial em 30% do salário básico do reclamante: "na ausência de documentação hábil a comprovar a data certa da substituição, bem como tendo a reclamada dúvida quanto ao nome completo do substituído, dado que não foi esclarecido na manifestação do autor, arbitro o quantitativo de 30% sobre o salário básico do reclamante, vigente em dezembro de 2011, pelo período de três meses (dezembro de 2011 a fevereiro de 2012)." (Id ba75992 - Págs. 7/8).

Analiso.

Inicialmente, tenho que a não indicação pelo autor do nome completo do funcionário que ele teria substituído (Mário) não prejudica o direito de defesa da ré, na medida em que indicado o primeiro nome, a função exercida, na mesma unidade de trabalho do autor, bem como que ele teria se afastado do trabalho no período de dezembro de 2011 a fevereiro de 2012, ou seja, dados que possibilitavam à empresa a identificação do funcionário, a partir dos seus registros.

A substituição do autor a esse trabalhador restou demonstrada a partir da prova oral:

"que Mário era promotor; que sabe que o reclamante atuou na substituição da referida pessoa; que o depoente acredita que no período de afastamento o Sr. Mário estava atuando como vendedor; (...) que o depoente chegou a atuar junto com o reclamante, inclusive no período da substituição ao Sr. Mário;" (depoimento da testemunha do autor, Ariovaldo, Id 3061457 - Pág. 2) "que Mário era promotor e passou para vendedor; que o Sr Mário teve afastamento, por motivo de saúde, e não recorda quem o substituiu;" (depoimento da testemunha do autor, Fagner, Id 3061457 - Pág. 2)

Devido, assim, o salário do substituído ao autor, nos termos do disposto no item I da Súmula 159 do TST:

"Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído."

O autor, no período em questão, percebia R\$730,00 de salário base (Ficha de Registro no Id 1181161 - Pág. 3), relativos ao cargo de promotor de vendas. Outrossim, o empregado Fagner, a partir de dezembro de 2011, percebia R\$1.073,00 (Ficha de Registro no Id 1181172 - Pág. 3), como vendedor, nos termos esclarecidos em seu depoimento pessoal: "que foi promotor de vendas por 6 meses, sendo vendedor no restante do período" (Id 3061457 - Pág. 2).



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

Assim, tendo em vista que Fagner desempenhava o mesmo cargo exercido pelo empregado (Mário) substituído pelo autor no período de dezembro de 2011 a fevereiro de 2012, razoável que seu salário seja considerado para fins de apuração das diferenças devidas ao autor em face da substituição.

Indevida, outrossim, a utilização da integralidade da remuneração como parâmetro de cálculo, pois, conforme observo do Id 1181110 - Págs. 13/15, era de fato R\$1.073,00 o salário dos vendedores, acrescido de comissões, parcela variável conforme o desempenho pessoal, pelo que não pode servir de base para as diferenças devidas ao autor. Além disso, no período, o autor recebeu as comissões equivalentes às suas vendas (contracheques no Id 1181095 - Págs. 4/6).

Diante do acima exposto, nego provimento ao recurso ordinário da reclamada e dou parcial provimento ao apelo do reclamante para determinar que o salário substituição reconhecido ao autor (item "c" do dispositivo da sentença - Id ba75992 - Pág. 15) seja calculado a partir do salário base recebido pelo vendedor Fagner de Souza Falcão no mesmo período, conforme contracheques constantes dos autos eletrônicos." (págs. 477-479, destacou-se)

Nas razões do recurso de revista, a reclamada afirma que incumbia ao reclamante indicar, na petição inicial, de forma clara e precisa, o nome completo do colega de trabalho que teria supostamente substituído. Não obstante, o autor afirmou apenas que teria substituído "Mário". Nesse sentido, esclarece que conta com um quadro de mais de mil empregados, *"sendo que não é razoável que passe a procurar por características, como se fosse um jogo de adivinhação, o pretense empregado substituído"* (pág. 520).

Insurge-se também em relação à decisão regional em que se determinou que as diferenças fossem apuradas com base no salário do Sr. Fagner de Souza Falcão, o que jamais foi postulado, isso porque, na inicial, o reclamante postulou diferenças salariais por ter substituído o "Sr. Mário", e não o "Sr. Fagner", incorrendo em julgamento *ultra/extra petita*.

Indica violação dos artigos 5º, incisos II, LIV e LV, da Constituição Federal, 128 e 460 do CPC e 840 da CLT.

Ao exame.

Conforme se depreende do acórdão regional, restou comprovado que o autor, vendedor, substituiu o Sr. Mário, também vendedor, no período de dezembro de 2011 a fevereiro de 2012, em face do afastamento do substituído para tratamento médico.

O salário do Sr. Fagner (vendedor) foi utilizado apenas como parâmetro atualizado para o cálculo do valor do salário substituição (salário contratual de vendedor em cada um dos três meses de substituição).



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

Nesses termos, não há falar em julgamento *extra/ultra petita*, tampouco em violação dos artigos 128 e 460 do CPC/73 e 840 da CLT.

O fato de as instâncias ordinárias não criarem objeção quanto ao nome do Sr. Mário, mesmo sem a informação de seu sobrenome, não representou cerceamento do direito de defesa da reclamada. Ao que se infere do acórdão regional, a ora recorrente não teve problemas para identificar o empregado substituído, a considerar o local de trabalho, o cargo ocupado e o período de substituição. Incólume, pois, o artigo 5º, incisos II, LIV e LV, da Constituição Federal.

Não conheço.

9. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS NO ANO DE 2012. PAGAMENTO PROPORCIONAL. SÚMULA Nº 451 DO TST

CONHECIMENTO

Sobre o tema, manifestou-se o Regional:

"5. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS - PLR.

Entende a reclamada indevida a condenação ao pagamento de PLR, vantagem estabelecida em norma coletiva, sem a observância dos requisitos ali constantes, sendo claro o instrumento normativo quanto a ser indevida a verba em questão aos trabalhadores que tiveram seu contrato de trabalho rescindido ao longo do ano (Id f3242bf - Págs. 11/12).

O autor, por outro lado, alega merecer reforma a sentença "no ponto em que condenou a reclamada ao pagamento da PLR referente ao ano de 2012, proporcionalmente aos meses trabalhados, considerando para tanto apenas os valores pagos a título de PLR do ano anterior", ressaltando que, diante da não apresentação pela reclamada da documentação a possibilitar a apuração do valor devido, ou seja, "não tendo a reclamada se desincumbido de seu ônus de comprovar o valor devido ao autor a título de PLR proporcional de 2012", deve ser "aplicada a pena de confissão à reclamada, condenando-a ao pagamento da PLR proporcional de 2012 considerando para tanto o valor de 05 salários do reclamante".

Ressalta também que "o pagamento da PPR de 2011 também se deu proporcionalmente aos meses laborados pelo autor durante esse ano, razão por que não é razoável que tal valor sirva como base de cálculo para o pagamento da PLR de 2012", bem como que "deve ser considerado que se pressupõe que a empresa ré auferiu lucros maiores no ano de 2012." (Id c7fa440 - Págs. 5/6).

A sentença reconheceu ser devida ao autor a PLR do ano de 2012 de forma proporcional, não aplicando a disposição coletiva no sentido de



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

afastar o direito à PLR dos empregados que tiverem os contratos rescindidos no curso do ano. Determinou sejam considerados para o cálculo "os valores pagos a título de PLR do ano anterior." (Id ba75992 - Págs. 10/11).

Analiso.

A matéria em questão é de conhecimento deste Relator e deste Colegiado, que compartilha da posição do Juízo a quo no sentido da invalidade da disposição normativa que afasta dos empregados dispensados ao longo do ano o direito à percepção da PLR proporcional (parágrafo terceiro da cláusula oitava - Id 1181282 - Pág. 5).

Com efeito, na medida em que o empregado despedido concorreu para os resultados da empresa durante o lapso temporal em que permaneceu a serviço daquela, faz jus à percepção da PLR, proporcionalmente ao período laborado. Nesse sentido, inclusive, o disposto na Súmula 451 do TST, litteris:

"PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. RESCISÃO CONTRATUAL ANTERIOR À DATA DA DISTRIBUIÇÃO DOS LUCROS. PAGAMENTO PROPORCIONAL AOS MESES TRABALHADOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 390 da SBDI-1) - Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014) Fere o princípio da isonomia instituir vantagem mediante acordo coletivo ou norma regulamentar que condiciona a percepção da parcela participação nos lucros e resultados ao fato de estar o contrato de trabalho em vigor na data prevista para a distribuição dos lucros. Assim, inclusive na rescisão contratual antecipada, é devido o pagamento da parcela de forma proporcional aos meses trabalhados, pois o ex-empregado concorreu para os resultados positivos da empresa."

Portanto, em virtude de haver a própria reclamada confirmado não ter procedido ao pagamento do PLR relativo ao ano de 2012, tenho como devida a parcela - em sua forma proporcional, é claro - ao trabalhador. No aspecto, portanto, nada a alterar na decisão proferida na primeira instância.

Quanto ao seu cálculo, observo que o ônus de prova é da empregadora, pois quem alega o fato extintivo do direito do autor. Outrossim, inviável ser estabelecido o cálculo a partir de cinco salários, como pretende o autor, tendo em vista esse número é apenas previsto aos diretores (Id 1181282 - Pág. 3), superados apenas pelo vice-presidente, para a qual há previsão de 5,5 salários.

Assim, e diante da ausência de maiores elementos a possibilitar o cálculo, mantenho o parâmetro estabelecido na sentença (cálculo com base nos valores pagos a título de PLR no ano anterior), todavia, esclarecendo que esse cálculo deve observar a proporcionalidade da PLR paga ao autor em 2011, e ser acrescido de 10%. O percentual de 10% a mais em relação à PLR devida no ano anterior se justifica na medida em que não é razoável a manutenção de um igual valor, presumindo-se um crescimento de 10%, razoável, diante da não apresentação pela reclamada dos documentos que possibilitariam a exata apuração do valor devido.

Recurso da ré não provido." (págs. 479-480, destacou-se)



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

Nas razões do recurso de revista, a reclamada afirma que o Regional desconsiderou o ajuste normativo firmado por intermédio de acordo coletivo de trabalho, em que se deliberou expressa e explicitamente, para o ano de 2012, a forma de constituição do direito à participação nos lucros e resultados, exigindo a integralidade da prestação do trabalho durante todo o ano (de janeiro a dezembro de 2012).

Invoca o artigo 2º, *caput*, da Lei nº 10.101/2000, que expressamente dita que o direito à participação nos lucros ou resultados é decorrência de negócio jurídico, no qual os sujeitos envolvidos se manifestam livre e conscientemente. E assim sendo, na forma do artigo 421 do Código Civil, a interpretação dessas cláusulas deve fazer-se consoante o desejado, sob pena de violação à garantia constitucional da legalidade.

Indica violação dos artigos 5º, incisos II e LIV, e 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, 8º da CLT, 2º, *caput*, da Lei nº 10.101/00 e 421 do Código Civil.

Ao exame.

Discute-se, no caso, se a dispensa antecipada do trabalhador, antes da data de apuração da parcela de participação nos lucros e resultados, inviabiliza o pagamento proporcional desta parcela.

O Tribunal Regional entendeu pelo pagamento proporcional da PLR ao tempo de serviço trabalhado durante o ano, considerando inválida disposição coletiva que afasta dos empregados dispensados ao longo do ano o direito à percepção da PLR proporcional.

A jurisprudência prevalecente nesta Corte superior firmou entendimento de que o empregado, mesmo que dispensado antecipadamente, faz jus ao pagamento da parcela de participação nos lucros e resultados, uma vez que concorreu para os resultados da empresa. Nesse sentido, dispõe a Súmula nº 451 do TST, *in verbis*:

"PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. RESCISÃO CONTRATUAL ANTERIOR À DATA DA DISTRIBUIÇÃO DOS LUCROS. PAGAMENTO PROPORCIONAL AOS MESES TRABALHADOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 390 da SBDI-1) - Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014. Fere o princípio da isonomia instituir vantagem mediante acordo coletivo ou norma regulamentar que condiciona a percepção da parcela participação nos lucros e resultados ao fato de estar o contrato de trabalho em vigor na data prevista para a distribuição dos lucros. Assim, inclusive na rescisão contratual antecipada, é devido o pagamento da parcela de forma proporcional aos meses trabalhados, pois o ex-empregado concorreu para os resultados positivos da empresa" .



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

O Regional, ao considerar devido o pagamento proporcional da PLR, decidiu em perfeita conformidade com a Súmula nº 451 do TST (antiga Orientação Jurisprudencial nº 390 da SbDI-1 do TST).

Não se autoriza, desse modo, o processamento do recurso de revista, diante do óbice da Súmula nº 333 do TST e do artigo 896, § 7º, da CLT.

Não conheço.

10. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COBRANÇA POR VENDAS. TRATAMENTO DESRESPEITOSO E HUMILHANTE PELO SUPERIOR HIERÁRQUICO

CONHECIMENTO

Sobre o tema, manifestou-se o Regional:

"6. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

A demandada requer a reforma da sentença com a exclusão da condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Afirmo não ter sido demonstrada a ocorrência de xingamentos ao autor de modo a causar dano moral, sendo que cobranças são normais entre empregador e empregados. Sucessivamente, requer a redução do valor da indenização (Id f3242bf - Págs. 12/14).

O autor afirma ter a prova oral demonstrado que foi submetido a humilhações e constrangimentos por parte do superior hierárquico, devendo ser a indenização majorada (Id c7fa440 - Pág. 6).

A sentença condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais fixada no valor de R\$2.500,00, considerando que, "embora não visualize pelo depoimento da testemunha Sr. Ariovaldo que tenha havido uma atitude direcionada ao reclamante, entendo que a forma pela qual o supervisor Sr. Alessandro se dirigia ao grupo de empregados ultrapassou os limites do respeito e da urbanidade que devem nortear a relação de emprego, atingindo a moral subjetiva do autor." (Id ba75992 - Págs. 11/12).

Examino.

A prova oral efetivamente revela o tratamento humilhante e desrespeitoso do superior hierárquico dos vendedores para com eles, conforme narrado na inicial (Id 747223 - Pág. 6).

O autor, em seu depoimento pessoal, informou "que o Sr. Alessandro frequentemente era desrespeitoso nas reuniões, falando alto; que em certa oportunidade ele chamou o depoente de incompetente e irresponsável, 'sendo perna da mesa'; que a referida pessoa dava uma bala para o vendedor com pior desempenho, o fazendo



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

na frente de todo mundo; que o depoente chegou a 'ganhar a bala';" (Id 3061457 - Pág. 1).

A testemunha Ariovaldo confirmou as afirmações da parte autora: "que Alessandro era o supervisor de rota; que a referida pessoa gritava nas reuniões e 'não tinha educação para falar'; que recorda de uma situação específica em que o supervisor disse 'aqui eu mando, eu sou o rei aqui'; que a cobrança era feita com todos na reunião; que o supervisor sempre falava alto; que diretamente com o depoente a referida pessoa "nunca faltou com o respeito"; que o tratamento foi um dos motivos da sua saída da empresa;" (Id 3061457 - Pág. 2).

Tenho, assim, por demonstrada a falta de respeito com a qual o supervisor, longa manus da empresa, tratava os vendedores, criando ambiente de humilhações e constrangimento no local de trabalho. Ainda que tal conduta não fosse exclusiva e direcionada ao autor, evidente que passível de lhe causar abalo moral, pois também o atingia.

A cobrança por produção, dirigida de igual forma a todos os empregados, configura prática comum e legal nas empresas, e insere-se no regular exercício do poder diretivo do empregador. O assédio moral, que daí pode advir, é caracterizado pela exacerbação dessa cobrança, quando ela é exercida de maneira a inferiorizar o trabalhador, causando-lhe sentimentos de humilhação e constrangimento, situação comprovada nos autos.

Assim, faz jus a parte autora ao pagamento de indenização por danos morais, conforme decidido na Origem.

Entendo, todavia, que o valor arbitrado está aquém do devido, com especial atenção ao caráter punitivo e pedagógico da reparação, merecendo parcial provimento o apelo da parte autora para majorar a reparação para o valor de R\$5.000,00.

Esse montante está em conformidade com os parâmetros de arbitramento deste Colegiado, em situações semelhantes, e considera o porte econômico da empresa, o caráter pedagógico da medida e a gravidade da ofensa.

Assim como determinado na sentença (Id a8382c3 - Pág. 12), o valor deverá ser corrigido monetariamente a partir da data de prolação do presente acórdão (Súmula nº 50 deste Regional), e sofrer incidência de juros a contar do ajuizamento da ação (art. 883 da CLT e Súmula 439 do TST).

Nego provimento ao apelo da ré.

Dou parcial provimento ao recurso do reclamante para majorar a indenização por danos morais (item "f" do dispositivo da sentença - Id a8382c3 - Pág. 15) para R\$5.000,00, valor a ser atualizado monetariamente a partir do arbitramento (prolação do acórdão), e com incidência de juros a partir do ajuizamento da ação." (págs. 481 e 482, destacou-se)



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

Nas razões do recurso de revista, a reclamada sustenta que a decisão regional viola as disposições contidas nos artigos 944 e 945 do Código Civil, que define que a indenização mede-se pela extensão do dano, bem como o artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal, que, por sua vez, estabelece que a indenização deva ser proporcional ao agravo.

Esclarece que a testemunha "Sr. Ariovaldo", em seu depoimento, nada informou sobre o autor, o que demonstra que não há qualquer prova dos supostos atos narrados na petição inicial, e a decisão regional impôs condenação com base em depoimentos prestados por testemunha suspeita e por testemunha que sequer aponta qualquer conduta abusiva ou humilhante em relação ao reclamante.

Assegura que a indenização a que foi condenada é desproporcional.

Por fim, pede *"seja conhecida e provida a pretensão recursal, pelos princípios da proporcionalidade e da adequação, para expungir a condenação ao pagamento de indenização por danos morais ou, sucessivamente, restringi-la à R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais)"* (pág. 528).

Indica violação dos artigos 5º, inciso II, da Constituição Federal, 944 e 945 do Código Civil, 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC.

Ao exame.

Da transcrição do acórdão regional, denota-se que o obreiro se desincumbiu de seu ônus em comprovar o tratamento humilhante e desrespeitoso do superior hierárquico dirigido aos vendedores.

Desse modo, considerando as premissas fáticas acerca do tratamento humilhante dispensado ao autor por seu superior hierárquico, evidente o dever de indenizar, pois caracterizados o abalo moral suportado em razão do constrangimento sofrido no ambiente de trabalho, bem como a conduta ilícita da reclamada em permitir que seu empregado fosse humilhado.

No que tange à quantificação do dano, tem-se que o parâmetro para sua fixação é a extensão do dano (artigo 944 do Código Civil), bem como a capacidade econômica do ofensor; a intensidade do ânimo de ofender; a gravidade e a extensão da lesão; a intensidade do sofrimento do ofendido; a reprovabilidade do ato lesivo (artigo 945 do Código Civil) e o caráter pedagógico da condenação.

Destaca-se que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que não se admite a majoração ou diminuição do valor da indenização por danos morais nesta instância extraordinária, em virtude da necessidade de revolvimento da valoração do contexto fático-probatório para tanto. Entretanto, tem-se admitido essa possibilidade apenas nos casos



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

em que a indenização for fixada em valores excessivamente módicos ou estratosféricos, o que não se verificou no caso dos autos.

Assim, considerando que o reclamante foi vítima de tratamento desrespeitoso e vexatório por parte de seu superior hierárquico diante dos demais colegas de trabalho, bem como o porte econômico da empresa reclamada e o caráter pedagógico-punitivo da medida, contata-se que o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) arbitrado revela-se compatível com o contexto fático apurado, o que afasta a alegação de ofensa ao artigo 944 do Código Civil.

Por oportuno, transcreve-se precedente de lavra deste Relator em que se confirma a proporcionalidade do valor arbitrado:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. RECURSO REGIDO PELO CPC/2015 E PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40/2016 DO TST. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL COMPROVADO. OFENSAS VERBAIS. TRATAMENTO INADEQUADO DO SUPERIOR HIERÁRQUICO. No caso, o Regional concluiu que a reclamante faz jus ao pagamento de indenização por dano moral, uma vez que ficou provado que o superior hierárquico da empresa a tratou de forma humilhante e vexatória perante os demais colegas de trabalho. A Corte a quo destacou que "a conduta do superior hierárquico da autora, que a ofendeu inclusive diante dos colegas, importa ofensa ao patrimônio imaterial da trabalhadora. É dever do empregador proceder com decoro na condução da atividade econômica, o que certamente não se deu no caso, haja vista a explícita violação à dignidade da reclamante". Verifica-se, portanto, que a empregada sofreu ofensas verbais e constrangimentos efetivos, provocando desconforto capaz de gerar um dano moral passível de ressarcimento. Desse modo, considerando as premissas fáticas delineadas no acórdão regional, acerca do tratamento inadequado dispensado à autora por seu superior hierárquico, evidente o dever de indenizar, pois caracterizados o abalo moral suportado em razão do constrangimento sofrido no ambiente de trabalho bem como a conduta ilícita da reclamada em permitir que sua empregada fosse humilhada na frente dos colegas. Agravo de instrumento desprovido. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS). REDUÇÃO INDEVIDA. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional reformou a sentença para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). A Corte de origem considerou a gravidade da conduta ilícita praticada pelo superior hierárquico, a culpabilidade da reclamada, o dano à dignidade da empregada, bem como o caráter pedagógico da indenização em tela. A jurisprudência desta Corte firma-se no sentido de que não se admite a majoração ou diminuição do valor da indenização por danos morais nesta instância extraordinária, admitindo-a, no entanto, apenas nos casos em que a indenização for fixada em valores excessivamente módicos ou estratosféricos. Nesse contexto, em atenção ao princípio da proporcionalidade, à extensão do dano, à culpa e ao aporte



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

financeiro da reclamada - pessoa jurídica -, bem como à necessidade de que o valor fixado a título de indenização por danos morais atenda à sua função suasória e preventiva, capaz de convencer o ofensor a não reiterar sua conduta ilícita, verifica-se que o arbitramento do quantum indenizatório, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), não é desproporcional à extensão do dano, estando adequado à situação fática delineada nos autos e apto a amenizar a dor e as dificuldades cotidianas sofridas pela empregada. Intacto, assim, o artigo 944 do Código Civil. Agravo de instrumento desprovido. (...) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE . RECURSO REGIDO PELO CPC/2015 E PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40/2016 DO TST. DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL. TRATAMENTO INADEQUADO DO SUPERIOR HIERÁRQUICO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS). MAJORAÇÃO INDEVIDA. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional reformou a sentença para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). A Corte de origem destacou que resultou comprovado "o dano moral de que foi vítima a autora, em razão de ofensas verbais do gerente, o que justifica a condenação da ré a repará-lo, nos termos dos arts. 5º, V e X, da CF e 186 e 927 do CC. Quanto ao valor a ser fixado para a indenização por danos morais, há que se considerar a gravidade do dano sofrido e o grau de culpa da ré (arts. 944 e 945, CC), a condição econômico-financeira das partes, e o caráter punitivo-pedagógico da indenização, sem permitir o enriquecimento indevido da vítima" . A jurisprudência desta Corte firma-se no sentido de que não se admite a majoração ou diminuição do valor da indenização por danos morais nesta instância extraordinária, admitindo-a, no entanto, apenas nos casos em que a indenização for fixada em valores excessivamente módicos ou estratosféricos, o que não é a hipótese dos autos. A SbDI-1 desta Corte já decidiu, no julgamento do Processo nº E-RR-39900-08.2007.5.06.0016, de relatoria do Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, publicado no DEJT 9/1/2012, que, quando o valor atribuído não for teratológico, deve a instância extraordinária abster-se de arbitrar novo valor à indenização. Na hipótese, diante dos parâmetros estabelecidos pelo Regional, observa-se que o arbitramento do valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) não se mostra desprovido de razoabilidade ou proporcionalidade, estando adequado à situação fática delineada nos autos e apto a amenizar a dor e as dificuldades cotidianas sofridas pela empregada, não havendo falar que o valor arbitrado pelo Regional foi desproporcional e desarrazoado, tampouco em violação do artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal. Agravo de instrumento desprovido . (...)" (AIRR-1388-16.2014.5.09.0019, 2ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 05/10/2018).

Incólumes, pois, os artigos 944 e 945 do Código Civil, 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC/73, diante dos fundamentos aqui registrados, no sentido de que houve a efetiva



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

comprovação do assédio moral sofrido pelo empregado, bem como razoabilidade e proporcionalidade no valor arbitrado pela Corte *a quo*.

Por fim, cumpre destacar que a invocação genérica de violação do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, em regra, como ocorre neste caso, não é suficiente para autorizar o conhecimento do recurso de revista com base na previsão da alínea "c" do artigo 896 da CLT, na medida em que, para sua constatação, seria necessário concluir, previamente, ter ocorrido ofensa a preceito infraconstitucional.

Não conheço.

11. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARTE NÃO ASSISTIDA POR SINDICATO DE SUA CATEGORIA PROFISSIONAL

I - CONHECIMENTO

Sobre o tema, manifestou-se o Regional:

"IV. RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. Matéria remanescente.
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

O autor requer a reforma da sentença, no que concerne aos honorários advocatícios ou assistenciais.

Aduz, em síntese, devida a verba honorária em decorrência da sucumbência e da declaração de pobreza anexada ao processo (Id c7fa440 - Págs. 6/7).

Assim decidiu o Juiz do primeiro grau (Id ba75992 - Pág. 13): "Inviável a concessão dos honorários advocatícios pleiteados pela parte autora. Na hipótese, na ausência de atualização legislativa quanto ao tema, entendo que a matéria continua regida pela disposição contida no artigo 14 da Lei nº. 5.584/70, que condiciona o pagamento do benefício à apresentação de credencial sindical, requisito ausente na hipótese em exame. No mesmo sentido, as Súmulas nº. 219 e 329 do C. TST."

Ao exame.

O entendimento que prevalece neste Colegiado, em sua atual composição, é o de que, não obstante o teor das Súmulas n. 219 e n. 329 do TST, o artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal assegura a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita e, por consequência, o deferimento dos honorários assistenciais, independentemente da apresentação da credencial fornecida pelo sindicato da categoria profissional a que pertence o trabalhador, bastando estarem preenchidos os requisitos contidos na Lei 1.060/50.

Nos termos do artigo 4º da Lei 1.060/50: "Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família", estando previsto no artigo 11 desta mesma norma que: "Art. 11. Os honorários de advogados e peritos, as custas do processo, as taxas e selos judiciais serão pagos pelo vencido, quando o beneficiário de assistência for vencedor na causa".

In casu, postulou o autor, na alínea "n" da inicial (Id 747223 - Pág. 9), o pagamento de honorários assistenciais, apresentando, no Id 747228 - Pág. 1, a declaração de insuficiência financeira, restando observados os requisitos previstos na Lei 1.060/50.

Assim, faz jus o demandante ao pagamento de honorários assistenciais, fixados em 15% sobre o valor bruto da condenação, nos termos da Súmula n. 37 deste Tribunal:

"HONORÁRIOS DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. Os honorários de assistência judiciária são calculados sobre o valor bruto da condenação."

Dessa forma, dou provimento ao recurso do reclamante, para condenar a reclamada ao pagamento de honorários assistenciais, fixados em 15% sobre o valor bruto da condenação." (págs. 482 e 483, destacou-se)

Nas razões do recurso de revista, a reclamada afirma que o autor não preencheu os requisitos para a concessão dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, estando a decisão regional em confronto com a Lei nº 5.584/70 e em contrariedade com a iterativa jurisprudência do TST.

Indica violação dos artigos 5º, inciso II, da Constituição Federal, 14 e 16 da Lei nº 5.584/70, contrariedade às Súmulas nºs 219 e 329 do TST e à Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1 do TST.

Ao exame.

A jurisprudência desta Corte, sedimentada na Súmula nº 219, item I, interpretando o artigo 14 da Lei nº 5.584/70, estabelece os requisitos para o deferimento de honorários advocatícios, nos seguintes termos:

"Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (art. 14, § 1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305 da SBDI-I)."



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

Verifica-se, portanto, que o deferimento de honorários advocatícios se sujeita à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da Justiça gratuita e a assistência do reclamante por sindicato de sua categoria profissional.

A Súmula nº 329 consagra o entendimento de que, na Justiça do Trabalho, mesmo após a promulgação da atual Constituição Federal, permanece válido o disposto na Lei nº 5.584/70.

Dessa forma, concluindo o Regional que a concessão da verba honorária é devida mesmo quando a parte não está assistida por sindicato representante de categoria profissional a que integra, tem-se por contrariado o item I da Súmula nº 219 do TST, o qual condiciona o deferimento da verba honorária ao preenchimento de ambos os requisitos da Lei nº 5.584/70.

Diante do exposto, **conheço** do recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 219, item I, do TST.

II - MÉRITO

A consequência lógica do conhecimento do recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 219, item I, do TST é o seu provimento.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso de revista para excluir da condenação o pagamento dos honorários advocatícios

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: a) conhecer do recurso de revista, quanto ao tema "ADICIONAL DE INSALUBRIDADE INDEVIDO. EXPOSIÇÃO A 'ÁLCALIS CÁUSTICOS' DILUÍDOS EM PRODUTOS DE LIMPEZA. SÚMULA Nº 448, ITEM I, DO TST", por contrariedade à Súmula nº 448, item I, do TST (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 4, item I, da SbDI-1 do TST) e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando o acórdão regional, excluir da condenação o pagamento do adicional de insalubridade; b) conhecer do recurso de revista, no tema "REPOUSO SEMANAL REMUNERADO ACRESCIDO DE HORAS EXTRAS. REFLEXOS EM DEMAIS PARCELAS. AUMENTO DA MÉDIA REMUNERATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*", por contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 394 da SbDI-1 e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a



PROCESSO Nº TST-RR - 22289-53.2013.5.04.0221

sentença de págs. 372-386, na qual se indeferiu o pagamento dos reflexos dos descansos semanais remunerados, já majorados por incidência das horas extraordinárias, nas demais parcelas; e c) conhecer do recurso de revista, quanto ao tema “HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARTE NÃO ASSISTIDA POR SINDICATO DE SUA CATEGORIA PROFISSIONAL”, por contrariedade à Súmula nº 219, item I, do TST e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento dos honorários advocatícios.

Brasília, 9 de fevereiro de 2022.

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

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA
Ministro Relator