



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

A C Ó R D ã O
2ª Turma
GMJRP/pr

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

Não há falar em nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional quando o Regional aprecia devidamente as questões jurídicas em discussão nos autos, indicando, de forma fundamentada, as razões do seu convencimento, a despeito de não enfrentar alguns argumentos apresentados pela parte em embargos de declaração, porque irrelevantes para o deslinde da controvérsia, em face da tese adotada.

Recurso de revista **não conhecido.**

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CONDIÇÃO DE DONA DA OBRA NÃO CARACTERIZADA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LIGADOS À ATIVIDADE-FIM DA TOMADORA.

No caso dos autos, conforme expressamente consignado no acórdão regional, trata-se de terceirização ilícita, haja vista que o trabalhador desenvolvia serviços inerentes à atividade-fim da tomadora de serviços. Como é sabido, a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes, conforme dispõe o artigo 265 do Código Civil. Nos casos como o ora em análise, em que patente está a configuração de terceirização ilícita, a lei autoriza a responsabilização solidária. É que, conforme determina o disposto no artigo 927 do Código Civil, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo e, de acordo com o inserto no artigo 942 do mesmo dispositivo legal, os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Assim, não há falar em violação do artigo 265 do Código Civil.



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

Recurso de revista **não conhecido** neste particular.

REAJUSTES CONVENCIONAIS.

A Corte regional não apreciou a controvérsia à luz da validade dos acordos coletivos e, conseqüentemente, dos arts. 7º, inciso XXVI, e 8º, inciso II, da Constituição Federal e 611, § 1º, da CLT, o que atrai a incidência da Súmula n° 297, item I, do TST como óbice à análise do recurso, ante a ausência de prequestionamento.

Recurso de revista **não conhecido**.

PAGAMENTO EXTRA FOLHA. NATUREZA SALARIAL.

A controvérsia não foi apreciada sob o enfoque de previsão de integração de parcelas em acordo coletivo, motivo pelo qual inviável a análise da indicação de violação dos arts. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal e 611 da CLT, ante a ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula n° 297, item I, do TST.

Recurso de revista **não conhecido**.

HORAS EXTRAORDINÁRIAS. TRABALHO EXTERNO.

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

Recurso de revista **não conhecido**.

HORAS DE SOBREVISO. USO DE APARELHO CELULAR.

O uso de aparelho celular não configura o regime de sobreaviso, pelo fato de o



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

empregado não permanecer em sua casa aguardando o chamado para o serviço, podendo, pois, deslocar-se livremente ou até dedicar-se a outra atividade em seu período de descanso. A propósito, a matéria em discussão acabou por ser pacificada no âmbito desta Corte, com a edição da nova Súmula n° 428 do TST (que resultou da conversão da Orientação Jurisprudencial n° 49 da SBDI-1), alterada, posteriormente, por ocasião da "Semana do TST", que resultou em nova redação que lhe foi conferida pela Resolução n° 185/2012 desta Corte, publicada no Diário de Justiça Eletrônico, divulgado nos dias 25, 26 e 27 de setembro de 2012, com o seguinte teor, *in verbis*: "SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, PARÁGRAFO 2º, DA CLT. I – O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. II – Considera-se de sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso". Da citada súmula, verifica-se que o mero uso de aparelho celular, por si só, não configura o regime de sobreaviso, pelo mesmo motivo de o empregado não permanecer em sua casa aguardando o chamado para o serviço, podendo, pois, deslocar-se livremente ou até dedicar-se a outra atividade em seu período de descanso. Assim, para que se caracterizar tal circunstância, deve haver a comprovação de que o empregado, de fato, estava à disposição do empregador. Na hipótese, consignou expressamente o Regional que o autor se encontrava submetido ao regime de plantão, com a necessidade de comparecimento ao serviço sempre que acionado, visto que cerceado seu



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

direito de locomoção, estando à disposição do empregador.
Recurso de revista **não conhecido**.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO EM PERCENTUAL INFERIOR AO PREVISTO EM LEI, AJUSTADO EM NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INVALIDADE. CANCELAMENTO DO ITEM II DA SÚMULA N° 364 DO TST.

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



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

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

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1000BF1FBD4A54CE4F.



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

termos do item I da mesma súmula, cujo teor foi, em sua essência, mantido na citada Resolução.

Recurso de revista **não conhecido**.

VALE-REFEIÇÃO.

A Corte regional registrou que o reclamante trabalhava em domingos e feriados, nada mencionado acerca do argumento de que havia compensação. Assim, para que esta Corte Superior possa decidir de forma diversa e, conseqüentemente, reconheça que o autor compensava o trabalho aos sábados, domingos e feriados, como pretende a reclamada, seria necessário o reexame de fatos e provas dos autos, procedimento, contudo, inviável nesta instância de natureza extraordinária, ante o óbice da Súmula n° 126 do TST. Recurso de revista **não conhecido**.

DESPESAS COM VEÍCULOS.

A Corte regional, soberana na análise do conjunto fático-probatório, concluiu que "aludida conclusão afasta a tese da Brasil Telecom no sentido de que o pagamento de aluguel estava previsto em instrumento normativo e, por conseguinte, não é possível falar em violação aos arts. 7º, XXVI, da Constituição Federal, e 611 da CLT". Assim, para que esta Corte superior possa decidir de forma diversa e, conseqüentemente, reconhecer que havia previsão, em norma coletiva, de reembolso com despesa de veículo, como pretende a reclamada, seria necessário o reexame de fatos e provas dos autos, procedimento, contudo, inviável nesta instância de natureza extraordinária, ante o óbice da Súmula n° 126 do TST.

Recurso de revista **não conhecido**.

MULTA CONVENCIONAL.

Não cabe falar em violação da literalidade dos dispositivos legal e constitucional indicados (art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal e



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

611 da CLT), tendo em vista que devidamente observado o comando normativo, pelo qual se previu o pagamento de multa em caso de descumprimento das cláusulas relativas às horas extras, vale-refeição e reajuste salarial.

Recurso de revista **não conhecido.**

PRÊMIO-PRODUÇÃO.

O princípio da distribuição do ônus da prova somente se aplica quando não comprovados os fatos. *In casu*, comprovado o fato constitutivo do direito do autor, concernente ao reconhecimento do pagamento do prêmio-produtividade extrafolha, inviável falar em violação dos arts. 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC. Ademais, a Corte regional não apreciou a controvérsia à luz da previsão de pagamento em acordo coletivo, o que atrai a incidência da Súmula nº 297, item I, do TST como óbice à análise do recurso, ante a ausência de prequestionamento.

Recurso de revista **não conhecido.**

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

Nos termos da Súmula nº 437, item I, do TST (antiga Orientação Jurisprudencial nº 307 da SBDI-1 desta Corte), a não concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo para repouso e alimentação implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% do valor da remuneração da hora normal de trabalho (artigo 71 da CLT). Dessa forma, abolido



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

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

Recurso de revista **não conhecido**.

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

Esta Corte, por meio do julgamento do TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, ocorrido na sessão do Pleno do dia 17/11/2008, decidiu que o artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição da República. Nesse contexto, observa-se que o autor, do sexo masculino, não tem direito ao intervalo intrajornada previsto no artigo 384 da CLT.

Recurso de revista **conhecido e provido**.

DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL.

No caso, estão claramente evidenciados os requisitos indispensáveis à configuração do dano moral, qual seja a evidente afronta à imagem e à dignidade da pessoa humana, visto que, conforme registrado, “as situações ali narradas (divulgação de tais textos em “rodas de amigos” ou na rede mundial de computadores) são diferentes de se buscar institucionalizar aludidas informações (“dez mandamentos da telefonia”) como se verificou no caso vertente, com a realização de atos pelo empregador que incutiam no empregado, quando menos, a sensação de que o conteúdo da mensagem, acima descrito, era o correto e o esperado”. Da exegese dos dispositivos de lei que regulam a



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

matéria relativa à indenização decorrente de dano (artigo 186 e 927 do Código Civil), verifica-se a imprescindibilidade do nexo causal entre a conduta do suposto autor do dano e o dano alegado por aquele que o sofreu, ressaltando-se, ademais, a ilicitude do ato daquele que teria causado o dano, seja decorrente de culpa ou dolo. Conforme claramente constatado pelo TRT, o reclamante foi submetido à pressão por parte empresa, ao fixar, no mural, o "mandamento da telefonia", como forma de manifestar o comportamento esperado dos seus empregados. Para se concluir de maneira diversa da do Regional, seria necessário reexaminar o conjunto fático-probatório, procedimento este vedado nesta fase recursal de natureza extraordinária, nos termos da Súmula nº 126 desta Corte.

Recurso de revista **não conhecido.**

DESCONTOS FISCAIS. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 497/2010, CONVERTIDA NA LEI Nº 12.350, DE 21/12/2010, QUE ACRESCENTA O ARTIGO 12-A NA LEI Nº 7.713/1988 E DETERMINA A UTILIZAÇÃO DO CRITÉRIO MENSAL PARA O CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA. NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 368, ITEM II, DO TST.

O critério de apuração do imposto de renda sobre as decisões judiciais foi modificado pela Medida Provisória nº 497/2010, convertida na Lei nº 12.350, de 21/12/2010, que acrescenta o artigo 12-A na Lei nº 7.713/1988 e determina a utilização do critério mensal para o cálculo do imposto. Como os descontos fiscais são regidos pela lei vigente na data em que eles são efetuados, evidentemente se aplica ao caso o referido diploma legal. Não se trata, pois, de aplicação retroativa da lei vigente à época. Por outro lado, em face do advento da legislação mencionada, o Tribunal Pleno desta Corte, em sessão realizada em 16/4/2012, alterou a



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

redação do item II da Súmula n° 368 desta Corte, nos seguintes termos: "É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo ser calculadas, em relação à incidência dos descontos fiscais, mês a mês, nos termos do art. 12-A da Lei n° 7.713, de 22/12/1988". Portanto, a decisão regional, em que se determinou que os descontos fiscais sejam feitos mês a mês, harmoniza-se com a citada súmula, motivo pelo qual o apelo não alcança conhecimento ante o óbice do § 5° do art. 896 da CLT.

Recurso de revista **não conhecido**.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

O Tribunal Regional deferiu o pagamento de honorários advocatícios, com base no entendimento de que seria suficiente a declaração de insuficiência econômica pelo reclamante. Ora, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho necessariamente depende da constatação concomitante da sucumbência do empregador, da hipossuficiência econômica do trabalhador e da assistência pelo sindicato da categoria, na esteira do que dispõem as Súmulas n°s 219, item I, e 329 do TST.

Recurso de revista **conhecido e provido**.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072**, em que é Recorrente **OI S.A.** e são Recorridos **VALMIR FACHIN e TELENGE - TELECOMUNICAÇÕES E ENGENHARIA LTDA.**

O Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região, nos termos do acórdão de págs. 679-749, deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante para "a) reconhecer o pagamento de salário a latere (prêmio produção), no importe de R\$ 200,00 mensais, no período em que exerceu a função de oficial de linhas,



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

acrescendo à condenação o pagamento dos reflexos destas parcelas em horas extras, aviso prévio, férias + 1/3, 13º salário, FGTS mais multa de 40%. Não haverá reflexos em dsr, por se tratar de parcela mensal; b) determinar a repercussão do sobreaviso no descanso semanal remunerado; c) deferir o pagamento integral correspondente ao intervalo intrajornada, ainda que parcialmente usufruído, no período relativo ao exercício da função de "oficial de linhas", observando-se os mesmos parâmetros e reflexos fixados na r. sentença para as demais horas extras; d) acrescer à condenação as horas extras decorrentes do desrespeito ao intervalo previsto no artigo 384 da CLT, assim como os reflexos já deferidos para as demais horas extras; e) acrescer à condenação a parcela ajuda de custo denominada "quilometragem", a título indenizatório, no importe de R\$ 450,00, no período em que exerceu a função de "instalador/reparador", ou seja, de fevereiro de 2008 até a extinção do contrato de trabalho, em função das despesas realizadas com a utilização de veículo próprio; f) acrescer a quantia de R\$ 20,00 (vinte reais), perfazendo o total de R\$ 50,00 (cinquenta reais), a título de devolução das despesas com telefone celular, observando-se os demais critérios estabelecidos na r. decisão de origem; g) condenar as rés ao pagamento de indenização por dano moral, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com juros e correção monetária a partir de quando proferida esta decisão; h) deferir o pagamento de uma multa convencional por cláusula violada, observando-se o já concedido pelo Juízo de origem, no particular; i) determinar o desconto fiscal mês a mês apenas sobre as verbas salariais decorrentes de condenação; e j) condenar as rés ao pagamento de honorários de advogado, no importe de 15% sobre o valor líquido da condenação (OJ 348 da SDI-1/TST) " (pág. 749). De outra parte, deu provimento parcial ao recurso da reclamada para reduzir o valor do aluguel do veículo.

Contra esse acórdão a reclamada Brasil Telecom S.A. interpôs embargos de declaração, aos quais foi dado provimento parcial para prestar esclarecimentos, nos termos da decisão de págs. 783-791.

Inconformada, a reclamada Brasil Telecom S.A. interpõe recurso de revista às págs. 795-825, com base no art. 896, "a" e "c", da CLT.

O recurso de revista foi admitido no despacho de págs. 839 e 840.

O reclamante apresentou contrarrazões ao recurso de revista às págs. 845-915.

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

É o relatório.



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

V O T O

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

CONHECIMENTO

A reclamada suscita, preliminarmente, a nulidade da decisão regional por negativa de prestação jurisdicional. Alega que, apesar de instada por meio de embargos de declaração, a Corte *a quo* não teria se manifestado sobre os temas neles contidos, especialmente no que concerne à solidariedade, ao caráter indenizatório do vale-refeição, ao intervalo do art. 384 da CLT, ao imposto de renda e aos honorários advocatícios. Indica violação dos artigos 5º, incisos XXXV e LV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal e 832 da CLT.

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

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

“Na inicial, o reclamante relatou que, admitido pela ré Telenge em 10 de janeiro de 2006, prestou serviços em prol da recorrente durante a contratualidade.

Embora tenha negado, de modo incisivo, qualquer relação de cunho empregatício com o autor (fls. 369 e 506/9), a Brasil Telecom, em defesa, não refutou a alegação de que se beneficiou da prestação de seus serviços, em razão do contrato de prestação de serviços celebrado entre as reclamadas (fls. 376/391).

Da análise do aludido ajuste contratual acostado aos autos (fls. 376/391), verifica-se que o objeto era a prestação de *“serviços de engenharia, elaboração de projetos, implantação, manutenção e operação de redes de acessos, rotas de cabos ópticos, serviço de comunicação de dados, serviço ADSL da Brasil Telecom na área geográfica do Paraná -*



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

Macro Área NOROESTE, bem como o fornecimento de todos os materiais e equipamentos necessários à execução de tais serviços (...)" (fl. 376-v). Disto já deflui que a situação da Brasil Telecom é incompatível com a do chamado "dono da obra", porquanto não se pactuou a consecução de obra certa, mas a realização de serviços de natureza contínua.

Depreende-se da prova documental que a reclamada Brasil Telecom pretendeu terceirizar atribuições inerentes à sua atividade-fim, eis que, força convir, de nada lhe adiantaria possuir a concessão do sistema de telecomunicações e mesmo as redes de telecomunicações se estas não estivessem conectadas ao usuário.

Trata-se, portanto, na especificidade do caso, de terceirização irregular, não albergada pela Súmula 331 do C.TST, o que atrai a responsabilidade solidária dos envolvidos, porque partícipes no ato ilícito (art. 942 do Código Civil). Presente, assim, a base legal para a condenação, não é possível falar em vulneração ao disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Na esteira do magistério de Irany Ferrari:

"A grande linha definidora da terceirização reside, sem dúvida, na constatação das atividades da empresa tomadora, ou seja, se são segundo suas necessidades permanentes ou se são apenas decorrência de sua existência, como meio de atingir aquelas necessidades permanentes. É o que se costuma chamar de atividade-fim e de atividade-meio. (...) permite-se a terceirização para serviços especializados, ou seja, quando empresa que os presta seja capaz de prestá-los e que seja organizada e tenha idoneidade financeira. E, resumo, serviço especializado exige empresa especializada, com existência legal no país. Mas não é só. Estabelecido ficou, também, que esses serviços especializados devem estar relacionados com a atividade-meio do tomador, que são os de apoio ou complementares aos serviços de sua atividade-fim" (in *Estudos de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho*, Ed. LTr, 1998, págs. 96-97; grifou-se).

De se lembrar, ainda, Sérgio Pinto Martins, que leciona: "A atividade-meio diz respeito à atividade secundária da empresa, isto é, não se referindo à sua própria atividade normal, como serviço de limpeza, de alimentação de funcionários, vigilância, etc. Entende-se que se os serviços disserem respeito à atividade-fim da empresa não haverá especialização, mas a delegação da prestação de serviços da própria atividade principal da empresa." (apud HÖHER, Rafael. *Da Terceirização Trabalhista. Síntese Trabalhista*. N.º 104, Fev/98, pág. 21; grifou-se)

Outrossim, vale o registro do precedente desta E. Turma, da lavra da Exma. Desembargadora Rosemarie Diedrichs Pimpão, cujos fundamentos peço *venia* para adotar como razões de decidir:

Dessa forma, conclui-se que o serviço prestado pelo autor - instalador, inclui-se na atividade fim da segunda ré, Brasil Telecom S/A, não exurgindo licitude na sua contratação por meio de empresa interposta, de modo que, a meu juízo, seria de reconhecer-se o vínculo empregatício com a tomadora dos serviços.



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

Persiste, portanto, a prática ilegítima adotada pelas reclamadas, na medida em que a contratação do reclamante, pela primeira ré, para prestar serviços para a segunda, existiu como mecanismo formal para burlar a legislação do trabalho, incidindo na espécie a diretriz contida na Súmula 331, I, do C. TST, in verbis:

(...) Neste aspecto, vale lembrar definição de Alice Monteiro de Barros, conforme Washington L. da Trindade:

O fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal. Assim, a empresa se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio. Por atividade-fim entenda-se aquela cujo objetivo a registra na classificação socioeconômica, destinado ao atendimento das necessidades socialmente sentidas - (cf. Washington L. da Trindade. Os caminhos da terceirização - Jornal Trabalhista, Brasília. 17.8.1992, ano IX, n. 416, p. 869).

Em uma empresa de telefonia, as atividades de instalador não são secundárias ou periféricas, pois são diretamente vinculadas aos serviços de telefonia, diferentemente, por exemplo, dos serviços de limpeza, transporte de produtos e funcionários, assistência médica, etc. Atente-se, por fim, que a própria Lei nº 9.472/97, que regula a organização dos serviços de telecomunicações, em seu art. 60, define que: "(Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação)". A atividade do autor, indubitavelmente, insere-se dentre aquelas que viabilizam a telecomunicação. O art. 94 do mesmo diploma legal, portanto, também não colide com a conclusão ora esposada.

(...) No contexto dos autos, sobressai a condição de mera intermediária de mão de obra da primeira ré, e a intenção da segunda demandada de eximir-se dos encargos decorrentes do vínculo empregatício, tornando evidente a irregularidade do contrato de prestação de serviços celebrado entre as demandadas" (TRT-PR-02840-2005-071-09-00-8-ACO-15449-2009-publ-22-05-2009).

A propósito, recente julgado do C. TST, em que reconheceu a impossibilidade de terceirização de atividade fim, mesmo no caso de empresa de telefonia:

"(...) "Por derradeiro, também não merece acolhida a alegação da recorrente no sentido de que *"não forma e nunca formou grupo econômico com a Telenge, sendo impossível a manutenção da r. sentença, também sob este fundamento"* (fl. 509), uma vez que, em momento algum, a M.M. Juíza *a quo* utilizou-se de tal argumento para embasar a condenação solidária da Brasil Telecom (fls. 476/8).

Mantém-se a r. sentença." (págs. 686-689)

Quanto ao caráter indenizatório do vale-refeição, foi expresso ao afirmar: "além disso, os instrumentos normativos dispõem que a benesse seria



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

concedida "na forma do Programa de Alimentação ao Trabalhador" (fl. 95) e o art. 3º da Lei n.º 6.321, de 14 de abril de 1976, estabelece: *'Não se inclui como salário de contribuição a parcela paga 'in natura', pela empresa, nos programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho'*. Porém, os documentos acostados aos autos pela defesa não fazem prova de que a Telenge se encontre inscrita junto ao aludido programa de alimentação. O entendimento desta E. Turma é no sentido da imprescindibilidade da inscrição da empresa junto ao PAT para que a parcela fornecida a título de alimentação ostente natureza indenizatória" (pág. 711).

No que concerne ao intervalo previsto no art. 384 da CLT, expressou sua tese no seguinte sentido: "Também não merece guarida a assertiva da reclamada Telenge, contida na defesa (fl. 253), de que *'o reclamante jamais laborou em caráter extraordinário'* e, por isso, não faria jus a tal benesse. No entanto, restou, efetivamente, demonstrado que o autor realizava, habitualmente, horas extras, durante a contratualidade, conforme explanação feita por ocasião da análise do recurso da reclamada Brasil Telecom. Ademais, referido dispositivo que prevê o direito a intervalo de quinze minutos antes do início de jornada extraordinária igual ou superior a trinta minutos, transmuta-se, constatada a sua inobservância, em direito ao pagamento do tempo correspondente como extra" (pág. 732).

Quanto ao imposto de renda, registrou que "o parâmetro acima adotado (mês a mês) não acarreta qualquer prejuízo ao obreiro, portanto não prospera o pleito da autora relativo à indenização correspondente" (pág. 745).

Por fim, com relação aos honorários advocatícios, consignou que "a interpretação dada pela d. maioria da E. 2ª Turma acerca dos honorários advocatícios é no sentido de que, para o recebimento dessa verba, basta a presença da insuficiência econômica" (pág. 746).

Ao decidir, o juiz deve, além de fundamentar sua decisão, analisar as matérias fáticas necessárias à defesa da parte bem como enfrentar a tese jurídica aventada pelo recorrente para que seja suprido o requisito do prequestionamento, essencial ao aviamento do recurso de revista, tendo em vista sua natureza extraordinária.

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

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



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

Os demais dispositivos apontados não servem de fundamento à preliminar de nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional, consoante o disposto na Orientação Jurisprudencial n° 115 da SBDI-1.

Não conheço.

2. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CONDIÇÃO DE DONA DA OBRA NÃO CARACTERIZADA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LIGADOS À ATIVIDADE-FIM DA TOMADORA

CONHECIMENTO

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

“Na inicial, o reclamante relatou que, admitido pela ré Telenge em 10 de janeiro de 2006, prestou serviços em prol da recorrente durante a contratualidade.

Embora tenha negado, de modo incisivo, qualquer relação de cunho empregatício com o autor (fls. 369 e 506/9), a Brasil Telecom, em defesa, não refutou a alegação de que se beneficiou da prestação de seus serviços, em razão do contrato de prestação de serviços celebrado entre as reclamadas (fls. 376/391).

Da análise do aludido ajuste contratual acostado aos autos (fls. 376/391), verifica-se que o objeto era a prestação de *‘serviços de engenharia, elaboração de projetos, implantação, manutenção e operação de redes de acessos, rotas de cabos ópticos, serviço de comunicação de dados, serviço ADSL da Brasil Telecom na área geográfica do Paraná - Macro Área NOROESTE, bem como o fornecimento de todos os materiais e equipamentos necessários à execução de tais serviços (...)*’ (fl. 376-v). Disto já deflui que a situação da Brasil Telecom é incompatível com a do chamado ‘dono da obra’, porquanto não se pactuou a consecução de obra certa, mas a realização de serviços de natureza contínua.

Depreende-se da prova documental que a reclamada Brasil Telecom pretendeu terceirizar atribuições inerentes à sua atividade-fim, eis que, força convir, de nada lhe adiantaria possuir a concessão do sistema de telecomunicações e mesmo as redes de telecomunicações se estas não estivessem conectadas ao usuário.

Trata-se, portanto, na especificidade do caso, de terceirização irregular, não albergada pela Súmula 331 do C.TST, o que atrai a



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

responsabilidade solidária dos envolvidos, porque partícipes no ato ilícito (art. 942 do Código Civil). Presente, assim, a base legal para a condenação, não é possível falar em vulneração ao disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Na esteira do magistério de Irany Ferrari:

‘A grande linha definidora da terceirização reside, sem dúvida, na constatação das atividades da empresa tomadora, ou seja, se são segundo suas necessidades permanentes ou se são apenas decorrência de sua existência, como meio de atingir aquelas necessidades permanentes. É o que se costuma chamar de atividade-fim e de atividade-meio. (...) permite-se a terceirização para serviços especializados, ou seja, quando empresa que os presta seja capaz de prestá-los e que seja organizada e tenha idoneidade financeira. E, resumo, serviço especializado exige empresa especializada, com existência legal no país. Mas não é só. Estabelecido ficou, também, que esses serviços especializados devem estar relacionados com a atividade-meio do tomador, que são os de apoio ou complementares aos serviços de sua atividade-fim’ (in *Estudos de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho*, Ed. LTr, 1998, págs. 96-97; grifou-se).

De se lembrar, ainda, Sérgio Pinto Martins, que leciona: ‘*A atividade-meio diz respeito à atividade secundária da empresa, isto é, não se referindo à sua própria atividade normal, como serviço de limpeza, de alimentação de funcionários, vigilância, etc. Entende-se que se os serviços disserem respeito à atividade-fim da empresa não haverá especialização, mas a delegação da prestação de serviços da própria atividade principal da empresa.*’ (apud HÖHER, Rafael. *Da Terceirização Trabalhista. Síntese Trabalhista*. N.º 104, Fev/98, pág. 21; grifou-se)

Outrossim, vale o registro do precedente desta E. Turma, da lavra da Exma. Desembargadora Rosemarie Diedrichs Pimpão, cujos fundamentos peço *venia* para adotar como razões de decidir:

‘Dessa forma, conclui-se que o serviço prestado pelo autor - instalador, inclui-se na atividade fim da segunda ré, Brasil Telecom S/A, não exsurgindo licitude na sua contratação por meio de empresa interposta, de modo que, a meu juízo, seria de reconhecer-se o vínculo empregatício com a tomadora dos serviços.

Persiste, portanto, a prática ilegítima adotada pelas reclamadas, na medida em que a contratação do reclamante, pela primeira ré, para prestar serviços para a segunda, existiu como mecanismo formal para burlar a legislação do trabalho, incidindo na espécie a diretriz contida na Súmula 331, I, do C. TST, in verbis:

(...) Neste aspecto, vale lembrar definição de Alice Monteiro de Barros, conforme Washington L. da Trindade:

O fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal. Assim, a empresa



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

se concentra na sua atividade-fim, transferindo as atividades-meio. Por atividade-fim entenda-se aquela cujo objetivo a registra na classificação socioeconômica, destinado ao atendimento das necessidades socialmente sentidas - (cf. Washington L. da Trindade. Os caminhos da terceirização - Jornal Trabalhista, Brasília. 17.8.1992, ano IX, n. 416, p. 869).

Em uma empresa de telefonia, as atividades de instalador não são secundárias ou periféricas, pois são diretamente vinculadas aos serviços de telefonia, diferentemente, por exemplo, dos serviços de limpeza, transporte de produtos e funcionários, assistência médica, etc. Atente-se, por fim, que a própria Lei nº 9.472/97, que regula a organização dos serviços de telecomunicações, em seu art. 60, define que: "(Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação)". A atividade do autor, indubitavelmente, insere-se dentre aquelas que viabilizam a telecomunicação. O art. 94 do mesmo diploma legal, portanto, também não colide com a conclusão ora esposada.

(...) No contexto dos autos, sobressai a condição de mera intermediária de mão de obra da primeira ré, e a intenção da segunda demandada de eximir-se dos encargos decorrentes do vínculo empregatício, tornando evidente a irregularidade do contrato de prestação de serviços celebrado entre as demandadas'

(TRT-PR-02840-2005-071-09-00-8-ACO-15449-2009-publ-22-05-2009).

A propósito, recente julgado do C. TST, em que reconheceu a impossibilidade de terceirização de atividade fim, mesmo no caso de empresa de telefonia:

'(...)

Por derradeiro, também não merece acolhida a alegação da recorrente no sentido de que "*não forma e nunca formou grupo econômico com a Telenge, sendo impossível a manutenção da r. sentença, também sob este fundamento*" (fl. 509), uma vez que, em momento algum, a M.M. Juíza *a quo* utilizou-se de tal argumento para embasar a condenação solidária da Brasil Telecom (fls. 476/8).

Mantém-se a r. sentença." (págs. 686-689)

A reclamada insurge-se contra a condenação solidária ao pagamento das verbas reconhecidas judicialmente. Alega que há previsão legal para contratação de terceiros sem ônus para a concessionária, conforme o teor dos arts. 94 e 117 da Lei nº 9.472/97. De outra parte,



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

sustenta que os serviços executados pelo reclamante (instalador/reparador de linhas telefônicas) não estavam inseridos na sua atividade-fim, mas sim na sua atividade-meio.

Requer, caso seja mantido o reconhecimento da sua responsabilidade, seja a subsidiária, conforme preconizado na Súmula nº 331, item IV, do TST.

Indica violação dos arts. 94 e 117 da Lei nº 9.472/97, 5º, inciso II, da Constituição Federal, 265 do Código Civil e 455 da CLT, bem como contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 do TST. Transcreve arestos para confronto de teses.

A Corte regional, soberana na análise do conjunto fático-probatório, concluiu que não se trata de contrato de empreitada, ante a ausência de obra específica e determinada. Asseverou que é a hipótese de contrato de prestação de serviços ligados à atividade-fim da segunda reclamada, ora recorrente.

Eis o trecho pertinente do acórdão regional:

“verifica-se que o objeto era a prestação de ‘serviços de engenharia, elaboração de projetos, implantação, manutenção e operação de redes de acessos, rotas de cabos ópticos, serviço de comunicação de dados, serviço ADSL da Brasil Telecom na área geográfica do Paraná - Macro Área NOROESTE, bem como o fornecimento de todos os materiais e equipamentos necessários à execução de tais serviços (...)’ (fl. 376-v). Disto já deflui que a situação da Brasil Telecom é incompatível com a do chamado ‘dono da obra’, porquanto não se pactuou a consecução de obra certa, mas a realização de serviços de natureza contínua. Depreende-se da prova documental que a reclamada Brasil Telecom pretendeu terceirizar atribuições inerentes à sua atividade-fim, eis que, força convir, de nada lhe adiantaria possuir a concessão do sistema de telecomunicações e mesmo as redes de telecomunicações se estas não estivessem conectadas ao usuário”. (pág. 670)

Para que este Tribunal superior possa chegar a conclusão diversa, no sentido de que foi firmado contrato de empreitada, seria necessário o reexame de fatos e provas, procedimento, contudo, Firmado por assinatura digital em 22/09/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

inviável nesta instância de natureza extraordinária, ante os termos da Súmula nº 126 do TST.

Assim, não cabe falar em violação do art. 455 da CLT e contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 do TST.

Por outro lado, no caso dos autos, conforme expressamente consignado no acórdão regional, trata-se de terceirização ilícita, haja vista que o trabalhador desenvolvia serviços inerentes à atividade fim da tomadora de serviços.

Como é sabido, a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes, conforme dispõe o artigo 265 do Código Civil.

Nos casos como o ora em análise, em que patente está a configuração de terceirização ilícita, a lei autoriza a responsabilização solidária. É que, conforme determina o disposto no artigo 927 do Código Civil, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo e, de acordo com o inserto no artigo 942 do mesmo dispositivo legal, os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Assim, não há falar em violação do artigo 265 do Código Civil.

A invocação genérica de violação do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, em regra e como ocorre neste caso, não é suficiente para autorizar o conhecimento deste recurso com base na previsão da alínea "c" do artigo 896 da CLT, na medida em que, para sua constatação, seria necessário concluir, previamente, ter havido ofensa a preceito infraconstitucional.

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

Não conheço do recurso.

3. REAJUSTES CONVENCIONAIS



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

CONHECIMENTO

Nesse particular, a Corte regional adotou o seguinte entendimento, *in verbis*:

“DIFERENÇAS SALARIAIS - DO REAJUSTE DE SALÁRIO

A M.M. Juíza *a quo* deferiu as pretensões de diferenças salariais e reajustes de salário de 3% previstos no Termo Aditivo à CCT 2007/2009, pelos fundamentos que seguem:

‘4. Diferenças de salário - função de instalador/reparador e aplicação das CCT’s

O reclamante foi admitido como oficial de linha, conforme anotação lançada em sua CTPS (fl. 29). Diz que em janeiro de 2007 passou a instalador/reparador (IRLA), função que exerceu até o término do contrato, porém a alteração de função somente foi lançada em sua CTPS em fevereiro de 2008, e mesmo após, os salários não corresponderam a função efetivamente exercida.

A alegação do reclamante de que passou a exercer a função de instalador/reparador em janeiro de 2007 não ficou demonstrada nos autos. As testemunhas nenhuma referência fizeram a respeito desse fato. Assim, tem-se que somente passou a exercer tal função em fevereiro de 2008.

O salário previsto na convenção coletiva de trabalho para a função de instalador em junho de 2007 era de R\$ 625,21 (fl. 90), porém recebeu salário menor que o assegurado pela norma coletiva de trabalho aplicável ao seu contrato (fl. 304) e como indicou na inicial. São devidas as diferenças.

Deferem-se diferenças de salário, pela aplicação dos salários e índices de reajustes assegurados pelas convenções coletivas de trabalho, com projeções em férias acrescidas de 1/3, gratificações natalinas, verbas rescisórias, FGTS e multa de 40%.

Serão compensados os eventuais reajustes concedidos com base nos acordos coletivos de trabalho, para evitar *bis in idem*.

5. Reajuste de salário de 3% - Termo aditivo à CCT 2007/2009

O termo aditivo a CCT 2007/2009 (fls. 104/105) assegurou aos trabalhadores reajuste de 3% sobre os salários vigentes em 1o de julho de 2008. O reclamante recebeu aviso prévio em 09/7/2008 e seu contrato de trabalho foi extinto em 07/8/2008 (fl. 289). Como são aplicáveis ao seu contrato de trabalho as disposições contidas nas convenções coletivas de trabalho, faz jus ao reajuste de 3% previsto no termo aditivo.

Deferem-se diferenças no salário do mês de julho de 2008 e nas verbas rescisórias, atendo-se para o não *bis in idem*, considerando-se o que foi deferido no item anterior desta decisão’.

A Brasil Telecom pleiteia a reforma da r. sentença. Aduz que ‘*a tomadora dos serviços não pode responder por diferenças de salários de empresas terceirizadas, pois isso viola o princípio da legalidade, inculcado*



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

no art. 5º, inciso II, da CF, além de afrontar a literalidade do disposto nos arts. 7º, XXVI, da CF, 611 da CLT e na Súmula 374 do C. TST'(fl. 510/511).

Não prospera a insurgência.

Ao contrário do que sugere a Brasil Telecom, a questão não guarda qualquer relação com a sua participação ou não em avenças coletivas; a condenação decorre simples e diretamente da solidariedade reconhecida, ante a irregularidade da terceirização. Há sim fundamento legal (arts. 186 e 927, ambos do Código Civil) e não é possível falar em afronta aos dispositivos legais invocados.

Mantém-se a r. sentença". (págs. 690-692)

Nas razões recursais, a reclamada sustenta que não pode ser responsabilizada por reajustes previstos em normas coletivas das reais empregadoras. Para viabilizar o conhecimento do recurso, indica violação dos arts. 7º, inciso XXVI, e 8º, inciso III, da Constituição Federal e 611, § 1º, da CLT.

Todavia, a Corte regional não apreciou a controvérsia à luz da validade dos acordos coletivos e, conseqüentemente, dos arts. 7º, inciso XXVI, e 8º, inciso III, da Constituição Federal e 611, § 1º, da CLT, o que atrai a incidência da Súmula n° 297, item I, do TST como óbice à análise do recurso, ante a ausência de prequestionamento.

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

4. PAGAMENTOS EXTRA-FOLHA. NATUREZA SALARIAL

CONHECIMENTO

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, entre outros temas examinados, manteve a sentença em que se consideraram os valores depositados extra-folha como parte da remuneração, determinando a sua integração, bem como o pagamento de diferenças nas demais parcelas trabalhistas.

A decisão foi assim fundamentada:

“Não prospera a insurgência. A prova testemunhal, data *venia*, mostrou-se apta a demonstrar a existência de pagamentos *a latere*. Pondere-se que são prescindíveis documentos a demonstrar o direito pleiteado, tendo em vista o teor do art. 131 do CPC (“O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença,



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

os motivos que lhe formaram o convencimento'). Ressalte-se que o conteúdo da prova testemunhal não é trazido expressamente à discussão. Respeitados, pois, os ditames dos art. 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC.

Quanto ao valor, não cuida a Brasil Telecom de opor fundamentadamente outro àquele a que chegou a r. sentença (R\$ 800,00). Aliás, faz referência a montantes alheios ao arbitrado pelo Juízo de 1º grau." (pág. 694)

Em razões de recurso de revista, a reclamada afirma que "conforme restou fixado no próprio v. acórdão, as parcelas cuja integração foi deferida (*sic*) foram previstas naquelas negociações coletivas, que prevêm expressamente a natureza salarial de tais parcelas, pelo que o v. acórdão também viola o disposto nos arts. 7º, XXVI, 8º, III, da CF e ao art. 611 da CLT" (pág. 805).

Aponta violação dos artigos 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal e 611, § 2º, da CLT.

Todavia, como se observa do excerto transcrito, a controvérsia não foi apreciada sob o enfoque de previsão de integração de parcelas em acordo coletivo, motivo pelo qual inviável a análise da indicação de violação dos arts. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal e 611 da CLT, ante a ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula nº 297, item I, do TST.

Não conheço.

5. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. TRABALHO EXTERNO

CONHECIMENTO

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

Consignou, *in verbis*:

"Consta da inicial que o autor desempenhava a seguinte jornada de trabalho: a) na função de 'oficial de linhas' (da contratação até janeiro de 2007) - entre segunda e sexta-feira, das 8h às 21h, com vinte minutos, em média, de intervalo intrajornada, e aos sábados, como sendo das 8h às 16h, sem intervalo para repouso e alimentação; b) na função de 'instalador/reparador' - de segunda a sexta-feira, das 07h30min às 20h,



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

com uma hora, em média, de intervalo intrajornada, e aos sábados, como sendo das 8h às 18h, também com uma hora de intervalo. Também se extrai da peça inaugural que o reclamante trabalhava em domingos e feriados (fls. 9/10).

Vale o registro de que as partes concordaram na utilização de prova emprestada (fl. 202).

A testemunha Edilson Assis Borsoi, inquirida em juízo a convite da parte autora, asseverou que "após concluir a atividade dava baixa na caixa postal com uso da matrícula pessoal. Saía direto de casa para o trabalho. Inicialmente, acreditando que durante cerca de 03 anos, iniciava a jornada às 06h, pois até às 08h deveriam tirar todas as falhas de telefones públicos. Depois disso passaram a iniciar a jornada às 07h. Costumava trabalhar até às 20h, com 45min de intervalo para almoço. Cumpria tal jornada de segunda a sábado. Nos feriados as falhas deveriam ser tiradas até às 08h e trabalhava geralmente em horário normal, em razão da necessidade do serviço. No período em que trabalhou com o autor, revezavam-se no domingo. Quando um trabalhava o outro folgava e assim sucessivamente. No domingo também as falhas dos telefones públicos deveriam ser tiradas até às 08h. No domingo, além das falhas mencionadas, fazia cerca de 04 atendimentos gastando em média 02h em cada atendimento, incluindo nesse tempo os deslocamentos. O autor trabalhava nos mesmos horários que o depoente. Havia prazo para executar as atividades, de 24h para defeitos de telefones residenciais, 08h para comerciais e 04 para os chamados Vips" - fl. 397/8 (grifou-se). As declarações das demais testemunhas indicadas pela parte autora também corroboraram as alegações constantes da inicial no sentido de que existia efetivo controle das tarefas realizadas pelo reclamante.

Outrossim, a testemunha de indicação patronal, Pedro Gonçalves Lopes, disse que "o autor era instalador e reparador, na região de Quedas do Iguaçu/PR, e foi subordinado ao depoente de maio/05 a junho/07. Que encontrava o autor em média 1-2 vezes por mês. (...) Que na região havia em torno de 4500 terminais residenciais e comerciais e 145 TPs, os quais eram de responsabilidade do autor e de Mario. Que como a região não comportava 2 pessoas Mario saiu e o autor ficou responsável sozinho por todos os terminais da região. Que o autor fazia entre 40 e 60 OS por mês. Que o prazo de instalação de uma OS é 7 dias úteis e o prazo de reparação de telefones comerciais e residenciais é de 8h e 24h, respectivamente. (...) Que a 1ª ré sugeria que o trabalho fosse feito das 8h às 12h e das 13h30-14h às 18h. Que o autor pegava o serviço na caixa postal (0800) e eventual contato da 1ª ré com o mesmo era feito por celular. (...) Que quando entrava na caixa postal o autor acessava todos os serviços que tinha que fazer. Que ao concluir o serviço o autor deveria fazer o teste final no terminal reparado/instalado e dar baixa do serviço, desconhecendo que a baixa tenha ficado para o dia seguinte. (...) Que o prazo de telefones VIP é 4h e de utilidade pública 2h, já os TPs tem prazo de 24h. Que a 2ª ré fazia a leitura das falhas às 10h, de modo que se entrasse alguma falha após esse horário deveria ser sanado até às 10h do dia seguinte. Que quando o autor acessava



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

a caixa postal era informado do horário inicial e do horário final para a conclusão do serviço. Que os prazos eram monitorados pelo setor de despacho da 1ª ré. Que o supervisor não monitorava os prazos em situação normal, contudo no caso de algum vendaval ou descarga elétrica que afetasse um nº grande de terminais o supervisor era informado para enviar suporte para o autor. Que era recomendado ao autor que acessasse a caixa postal no máximo a cada 2h. Que a orientação era para que no sábado o autor concluísse todos os serviços que venceriam no domingo, de modo que o mesmo deveria deixar a caixa postal limpa ou zerada" - fl. 395/6. (grifou-se).

Tais depoimentos evidenciam que o empregador tinha como controlar (e efetivamente controlava) o horário de início e término dos serviços, cujo cumprimento determinava ao autor, ainda que de forma indireta, por meio de ligações telefônicas ou do sistema "caixa postal" (no qual ficava registrada a entrada do serviço e a sua efetiva conclusão após o teste final). Pondera-se que a parte ré poderia não ter a exata noção do horário em que houve o efetivo início da prestação de cada serviço, contudo, tinha condições de precisar quais as pendências que caberia ao empregado solucionar. A par disso, empresa organizada como se presume, detinha condições de estimar o tempo necessário para a solução de cada uma destas pendências. Assim sendo, o autor não possuía a ampla liberdade na condução das suas atividades, nos termos já citados.

Não se reconhece ao empregador a mera faculdade de controlar ou não o horário de trabalho dos seus empregados e sim o dever, havendo a possibilidade (ainda que sob controle indireto), terá de ser exercido. Segundo ensina Arnaldo Süssekind na obra "Instituições de Direito do Trabalho", v. 2, 18. ed., São Paulo: LTr, 1999, p. 809:

"Cumpra assinalar, como o fez Segadas Vianna, quando Diretor-Geral do DNT, que "a exceção da referida alínea a do art. 62 (hoje inciso I desse artigo) unicamente tem aplicação aos empregados que, executando serviços externos em razão da própria natureza das funções, não podem estar submetidos a horários, desde que tal importaria em impedir que pudessem desenvolver a sua atividade, a fim de obter remuneração compensadora, como no caso dos vendedores e viajantes". [...] Como escrevemos em outro livro, **"se o trabalho do empregado é executado fora do estabelecimento do empregador (serviço externo), mas vigora condição que, indiretamente, lhe impõe um horário, afigura-se-nos que não poderá prosperar a exceção [noticiada]"**. (destacou-se)

Logo, no caso em apreço, inexistem elementos hábeis a permitir o reconhecimento de jornada diversa da estabelecida pela r. sentença. A ausência de controles de ponto impõe presunção favorável às alegações do autor. Eventuais deficiências na prova produzida apenas podem depor contra os interesses do empregador. Logo, diante do exposto, é inconteste o fato de o reclamante ter se desvencilhado do encargo de demonstrar a realização de trabalho extraordinário (arts. 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC)." (págs. 694-700- grifou-se)



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

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

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

Sem razão.

A Corte *a quo* foi enfática ao afirmar que, da prova oral produzida, extrai-se o efetivo controle de jornada: “o empregador tinha como controlar (e efetivamente controlava) o horário de início e término dos serviços, cujo cumprimento determinava ao autor, ainda que de forma indireta, por meio de ligações telefônicas ou do sistema "caixa postal" (no qual ficava registrada a entrada do serviço e a sua efetiva conclusão após o teste final)” (pág. 698).

Nesses termos, o Regional, com base na prova testemunhal, concluiu que o reclamante estava sujeito ao controle de jornada de trabalho, não se enquadrando na exceção prevista do artigo 62, inciso I, da CLT. Assim, somente com a alteração do quadro fático-probatório delineado nos autos, seria possível modificar a decisão recorrida, incidindo na espécie a aplicação da Súmula nº 126 do TST.

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

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

Não conheço.

6.HORAS DE SOBREAVISO. USO DE APARELHO CELULAR

CONHECIMENTO

Quanto ao tema, o Regional se manifestou nos seguintes termos:

Firmado por assinatura digital em 22/09/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

“Concluiu a r. sentença:

‘9. Horas de sobreaviso

Os avanços da tecnologia permitem certa flexibilidade de locomoção quando o empregado está em sobreaviso, porém tem de manter-se dentro de um certo raio de alcance dos meios de comunicação, caso contrário não poderá prontamente se apresentar ao trabalho caso convocado. Quando o trabalhador permanece em sobreaviso, por determinação do seu empregador, é obrigado a atender a convocação para o trabalho, sob pena de ser punido, inclusive com justa causa. Se o empregador pode contar com o empregado em todas as horas do dia e da noite, antes e após o horário normal de trabalho, se depende dessa colaboração para atingir seus objetivos econômicos e financeiros, é justo e razoável que pague ao empregado uma remuneração, no mínimo, equivalente àquela paga aos ferroviários em regime de sobreaviso (CLT, art. 244, § 2º), que corresponde a 1/3 do valor do salário normal, sob pena de tal situação beneficiar apenas uma das partes do contrato: o empregador, causando um desequilíbrio na relação.

(...)

Quando o empregado está em sobreaviso ou de prontidão, se puder ser localizado e atender a chamada, terá ele direito à remuneração do tempo de sobreaviso. Mesmo quando está portando celular, não poderá, por exemplo, empreender uma viagem com a família no final de semana, ir numa festa e desligar os aparelhos de comunicação, se ausentar para local distante durante o período de 11h00 entre duas jornadas de trabalho, 35h00 semanal etc. Há, portanto, limitação à liberdade de locomoção, o que justifica o pagamento das horas de sobreaviso.

No caso em discussão, a testemunha Júlio César declarou que o reclamante ficava de sobreaviso todas as noites e em domingos; os contatos eram feitos por meio do celular, telefone fixo ou recados de colegas de trabalho que moravam mais próximos (fls. 402/404).

Está provado que o reclamante ficou em sobreaviso após o cumprimento das jornadas de trabalho e nos finais de semana. A primeira reclamada poderia ter trazido aos autos as escalas de plantões que o reclamante cumpriu, pois são documentos importantes do contrato. Dessa forma, para que o reclamante não seja prejudicado com a omissão da reclamada no tocante a não juntada de documentos, declara-se que ficou de plantão, em situação de sobreaviso, fora dos horários de trabalho reconhecidos como de efetivo trabalho pelo juízo no item anterior desta decisão.

Deferem-se horas de sobreaviso, que correspondem a 1/3 do valor do salário da hora normal, com projeções em férias acrescidas de 1/3, gratificações natalinas, verbas rescisórias, FGTS e multa de 40%".

Na inicial, o autor afirmou que permaneceu, ininterruptamente, de sobreaviso durante o período em que desempenhou as atribuições de "oficial de linhas", pois integrava a equipe que atendia toda a "região 46", a qual



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

possuía aproximadamente 34 (trinta e quatro) cidades. Também asseverou que, posteriormente, já na função de "instalador/reparador", ficava de sobreaviso a cada quinze dias, salvo nos meses de janeiro até junho/2007, quando permaneceu em alerta sem qualquer interrupção (fls. 11/2).

Em defesa, as reclamadas aduziram, em síntese, que não havia necessidade de o reclamante permanecer em casa aguardando chamados (fls. 250/3 e 451).

Da análise do contrato celebrado entre as reclamadas, verifica-se, à fl. 386-v, previsão de que a Telenge deveria manter equipes de plantão ("disponibilizar à CONTRATANTE os recursos materiais e de mão de obra necessários, para atender os objetos deste contrato, 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias por semana").

A testemunha Júlio César disse que "O reclamante permanecia de sobreaviso todas as noites, sendo que média de chamadas era de 1 ou 2 por noite, demorando cada atendimento em torno de 1h a 1h30min. (...) Nos domingos as chamadas em horário de sobreaviso eram em torno de 5. Havia trabalho em feriados e nos mesmos horários já referidos. (...) O contato com os instaladores fora do horário de trabalho era feito através de celular, telefone fixo, mensagem na caixa postal ou, não havendo nenhum dos anteriores, mediante o comunicado do colega que morasse mais próximo". (fls. 403/4 - grifou-se)

No mesmo sentido o depoimento de Orides Moresco: "O autor trabalhava em Pato Branco mas costumavam encontrar-se quase todas as semanas, em razão dos mutirões e havia deslocamento do depoente para Pato Branco ou então do autor para Francisco Beltrão/PR. A equipe do autor era formada por três pessoas, sendo os outros dois Jacó e Osni. Não recorda quando conheceu o autor mas quando o conheceu ele era encarregado da equipe, assim como o depoente. (...) Permanecia em sobreaviso uma semana sim e outra não. Na semana do sobreaviso atendia em média 3 chamadas na semana (segunda a sexta-feira), uma chamada no sábado, uma no domingo e uma no feriado. Para atender cada chamada eram gastas 4 a 5 horas, considerando-se também o tempo de deslocamento. Para atender as chamadas, era localizado pelo supervisor, via celular". (fl. 405/6 - grifou-se).

Ao analisar a prova testemunhal, concluiu-se que restou demonstrado que o reclamante participava das escalas de sobreaviso, ocasiões em que ficava à espera de chamada do empregador, via telefone celular. Logo, o autor logrou êxito em provar que permanecia de plantão durante a contratualidade (arts. 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC).

Entendo que o uso pelo empregado do aparelho celular, por si só, não comprova haver restrição à sua liberdade de locomoção, bem como que não pudesse se dedicar a qualquer outra atividade em seu período de descanso, por interpretação analógica da orientação contida na OJ 49 da SDI-1/TST (O uso do aparelho BIP pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço).



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

Nesse sentido decisão do C. TST:

‘[...]’

No entanto, curvo-me ao entendimento predominante nesta E. Turma no sentido de que, para se configurar o regime de sobreaviso, basta a comprovação de que houve a possibilidade de restrição, pelo empregador, da liberdade de locomoção do obreiro, ante a obrigação de permanecer à disposição para atender chamadas, não importando que os mesmos ocorriam através de telefone celular.

Por oportuno, peço venia para transcrever as razões de decidir apresentadas pela Excelentíssima Desembargadora Ana Carolina Zaina, nos autos sob nº 7204-2006-010-09-00-3 (DJPR 14-4-2009), em que a reclamada também figura como parte demandada:

"Nosso entendimento é no sentido de aplicar a interpretação teleológica do preceito legal do artigo 244, parágrafo 2º, buscando-se o alcance social da norma. Neste diapasão foi o voto de lavra do Exmo. Ministro Marco Aurélio de Mello (in REPERTÓRIO DE JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA - João de Lima Teixeira Filho - RJ 1983, v. II - p. 960), quando ainda ocupava o honroso cargo de Ministro da Excelsa Corte Trabalhista, no julgamento do Recurso de Revista 2.123/81, tendo declinado entendimento no sentido de que a interpretação literal da norma já citada deve dar espaço à interpretação que busca a ratio legis, ou seja, o sobreaviso não deve significar o cumprimento do regime na própria residência, bastando que haja meio eficiente de localização e convocação do empregado, nas situações em que o empregador solicita seus préstimos laborais, estando aí caracterizada a limitação da locomoção do obreiro, que porta qualquer tipo de aparelho que permita a sua localização.

Comungo do entendimento da douta maioria desta E. Segunda Turma, que entende devido o pagamento das horas de sobreaviso quando provada a limitação de locomoção do obreiro. Assim, considerando que o autor portava celular, e também que poderia ser chamado para trabalhar a qualquer momento, sobressai o tolhimento da liberdade de "ir e vir" do empregado, que permanecia de prontidão para qualquer atendimento".

Mantém-se a r. sentença.” (pág. 701-706 - destacou-se)

A reclamada alega que o simples fornecimento de celular ao autor não caracteriza a hora em sobreaviso, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 49 da SBDI-1, do TST, hoje convertida na Súmula nº 428 desta Corte.

Fundamenta seu inconformismo em conflito com a Orientação Jurisprudencial nº 49 da SBDI-1, do TST (atual Súmula nº 428), indica violação dos arts. 4º e 244, § 2º, da CLT, bem como colaciona arestos em apoio à sua tese.



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

Discute-se, *in casu*, se o empregado em regime de sobreaviso mediante o fornecimento de telefone celular tem direito às horas extras.

O artigo 244, § 2º, da CLT assim dispõe sobre o regime de sobreaviso ao serviço ferroviário:

“§ 2º Considera-se de ‘sobreaviso’ o empregado efetivo que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de ‘sobreaviso’ será, no máximo, de vinte e quatro horas. As horas de ‘sobreaviso’, para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal.”

O mencionado dispositivo de lei, aplicável também a outras categorias profissionais que não contenham disposição específica a respeito, é claro ao considerar caracterizado o regime de sobreaviso quando o empregado permanecer em sua própria casa, aguardando o chamado para o serviço, estando, assim, impossibilitado de locomover-se.

É diversa a situação daquele empregado, portador de algum equipamento, que não lhe impõe restrição à sua liberdade de locomoção, como o uso de celular, em que, por si só, não se configura o regime de sobreaviso.

A matéria está pacificada no âmbito desta Corte, com a edição da nova Súmula n° 428 do TST (resultado da conversão da Orientação Jurisprudencial n° 49 da SBDI-1), alterada, posteriormente, por ocasião da “Semana do TST”, que resultou em nova redação que lhe foi conferida pela Resolução n° 185/2012 desta Corte, publicada no Diário de Justiça Eletrônico divulgado, nos dias 25, 26 e 27 de setembro de 2012, com o seguinte teor, *in verbis*:

“SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, PARÁGRAFO 2º, DA CLT.

I – O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II – Considera-se de sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso”.



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

Da citada súmula, verifica-se que o mero uso de aparelho celular, somente considerado esse aspecto fático, não configura o regime de sobreaviso, pelo mesmo motivo de o empregado não permanecer em sua casa aguardando o chamado para o serviço, podendo, pois, deslocar-se livremente ou até dedicar-se a outra atividade em seu período de descanso. Deve haver a comprovação de que o empregado, de fato, estava à disposição do empregador.

Nesses termos, a seguinte jurisprudência deste Tribunal Superior, *in verbis*:

“EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 11.496/2007. HORAS DE SOBREAVISO - USO DE BIP OU APARELHO CELULAR - SUBMISSÃO À ESCALA DE ATENDIMENTO - SÚMULA Nº 428 DO TST. O acórdão da Turma, transcrevendo a decisão regional, dispôs que a Corte de origem considerou caracterizado o regime de sobreaviso, amparando-se não apenas na utilização do uso do aparelho celular, mas na constatação, extraída do conjunto probatório, de que o reclamante permanecia, efetivamente, à disposição do empregador fora do horário normal de trabalho, uma vez que estava submetido à escala de atendimento, devendo permanecer pronto para a chamada. Ademais, o Regional destacou que o empregador pagava algumas horas de sobreaviso - o que comprova o caráter incontroverso da existência das citadas horas de sobreaviso decorrentes da escala à qual estava submetido o reclamante - mas não todas. Observa-se, então, que a decisão da Turma está em consonância com o disposto na Súmula nº 428 do TST, *in verbis*: -O uso de aparelho de intercomunicação, a exemplo de BIP, -pager- ou aparelho celular, pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço-. Destarte, a condenação do reclamado ao pagamento de horas de sobreaviso não decorreu unicamente da utilização de bip ou celular pelo reclamante, mas do fato de que ele estava submetido a escalas de atendimento. Segundo registrou o Regional, a liberdade do reclamante de livre disposição das horas de descanso, nos intervalos interjornadas e repousos compulsórios, era limitada. Portanto, se a restrição da liberdade do reclamante não se dava apenas pela utilização de aparelho de intercomunicação, não se verifica contrariedade à invocada Súmula nº 428 do TST, mas sim em consonância com seu texto. Por outro lado, os arestos colacionados pelo reclamado não estabelecem o pretendido dissenso de teses, por não retratarem aspecto fático idêntico ao consignado no acórdão regional, qual seja a existência de escalas de atendimento e tolhimento da liberdade de dispor livremente das horas de folga do reclamante, não possuindo a especificidade exigida pela Súmula nº 296, item I, do TST.



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

Embargos não conhecidos.” (Processo: E-ED-RR - 3843800-92.2009.5.09.0651, data de julgamento: 23/8/2012, Redator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: DEJT 7/1/2013)

“RECURSO DE REVISTA. (...) 3. SOBREA VISO. O quadro fático descrito pela Corte Regional revela que o reclamante teve reconhecido o direito ao sobreaviso não apenas porque utilizava o telefone celular para atender à empresa, mas devido à necessidade de prestar suporte em informática fora do expediente. Súmula nº 428 do TST. Recurso de revista não conhecido. (...)” (RR - 896100-50.2007.5.09.0652, Relatora Desembargadora Convocada: Maria das Graças Silvano Dourado Laranjeira, data de julgamento: 31/10/2012, 2ª Turma, data de publicação: 9/11/2012)

Na hipótese, conforme se depreende da análise do acórdão regional, houve reconhecimento do regime de plantão: “ao analisar a prova testemunhal, concluiu-se que restou demonstrado que o reclamante participava das escalas de sobreaviso, ocasiões em que ficava à espera de chamada do empregador, via telefone celular. Logo, o autor logrou êxito em provar que permanecia de plantão durante a contratualidade” (pág. 704).

Nesta esteira, não se verifica o apontado conflito com a Súmula nº 428 do TST. Não se trata do simples fornecimento de equipamento telemático ou informatizado pela empresa ao empregado, mas sim verdadeiro cerceamento do seu direito de locomoção, motivo pelo qual não há falar em contrariedade, tampouco em violação de dispositivos legais.

O aresto colacionado à pág. 809 é inespecífico, pois não analisa hipótese em que o empregado permanece em regime de plantão, havendo restrição na sua capacidade de locomoção. Inteligência da Súmula nº 296, item I, do TST.

Não conheço.

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

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada para, mantendo



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

a sentença, determinar o pagamento das diferenças do adicional de periculosidade entre o valor pago com base em norma coletiva e o valor integral, com os respectivos reflexos.

Eis os fundamentos do acórdão:

“Inicialmente, ressalvo entendimento pessoal no sentido de serem respeitados os ajustes decorrentes de negociação coletiva celebrados com amparo constitucional (art. 7º, inciso XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho). Contudo, o posicionamento majoritário desta E. 2ª Turma, ao analisar casos envolvendo as mesmas reclamadas, é no sentido da inaplicabilidade da orientação contida na Súmula 364, item II, do C. TST, reputando ineficaz a previsão em instrumento coletivo que reduza o percentual mínimo legalmente previsto para o adicional de periculosidade. Considerando-se que a garantia de adicional para atividades perigosas tem índole constitucional (art. 7º, XXIII, da CF) e tratando-se de direito mínimo que visa garantir a segurança e a saúde do trabalhador, incabível sua redução, especialmente sem qualquer contrapartida compensatória. Na esteira desse entendimento, os seguintes precedentes: TRT-PR-21375-2006-007-09-00-2 (RO 14278/2009), publicado em 20/11/2009, Rel. Exma. Desembargadora Ana Carolina Zaina; TRT-PR-04120-2007-872-09-00-0 (RO 7450/2009), publicado em 20/10/2009, Rel. Exma. Desembargadora Marlene T. Fuverki Suguimatsu.

Alguma controvérsia poderia surgir quando não aferidas as efetivas condições de trabalho, havendo pagamento, unicamente, em função do disposto em norma coletiva. Tal discussão, contudo, não prospera, eis que **houve perícia específica para a aferição da periculosidade** (prova emprestada - vide fls. 408/433), a qual não restou elidida por qualquer outra prova. Dessa forma, considera-se irregular o pagamento no percentual previsto nos Acordos Coletivos de Trabalho.

Ademais, mantida a condenação ao pagamento de diferenças do adicional de periculosidade, remanescem devidos os honorários periciais.

Nega-se provimento.” (págs. 706-709, grifou-se).

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



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

Razão não assiste à recorrente.

Verifica-se, da transcrição do acórdão de págs. 679-749, que o acordo coletivo em debate estabeleceu o pagamento de adicional de periculosidade em percentual inferior àquele previsto em lei.

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

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

No entanto, as negociações coletivas encontram limites nas garantias, direitos e princípios instituídos pela mesma Carta Magna, que são intangíveis à autonomia coletiva, como as normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador, que tutelam a vida e a saúde do empregado. Ou seja, se a Constituição da República assegura a todos os trabalhadores, no inciso XXII do mesmo artigo 7°, a existência de normas de saúde, higiene e segurança no trabalho capazes de reduzir os riscos inerentes à atividade laboral, as normas coletivas de trabalho decorrentes de negociação coletiva não podem, pura e simplesmente, eliminar ou reduzir os direitos previstos em lei ligados a essas matérias. Esta, aliás, foi a *ratio decidendi* dos vários precedentes que levaram à edição da Orientação Jurisprudencial n° 342, item I, da SBDI-I desta Corte, *in verbis*:

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



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

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

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

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

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

“ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PROPORCIONALIDADE. ACORDO COLETIVO. RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA CONHECIDO E PROVIDO. ARTIGO 7º, INCISO XXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MÁ-APLICAÇÃO. Este Tribunal Superior, modificando entendimento acerca da possibilidade de flexibilização do percentual relativo ao adicional de periculosidade pactuado em acordo ou convenção coletiva, cancelou o item II da Súmula nº 364, através da Resolução nº 174/2011. Portanto, nesta Corte, prevalece o entendimento de que os direitos relativos à saúde e segurança do trabalho, dentre dos quais se insere o adicional de periculosidade, advém de normas públicas imperativas e cogentes, cuja observância não pode ser objeto de negociação coletiva. Dessa forma, conforme previsão do artigo 193, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, o trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado o pagamento de adicional de trinta por cento sobre o salário, tratando-se de direito indisponível do trabalhador, não podendo ser pago tal como avençado pelas partes, ou seja, proporcionalmente ao tempo de



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

exposição ao risco. Nesse sentido, precedentes desta SBDI1, pelo que ressalvo o meu ponto de vista. Recurso de embargos conhecido e provido.” (RR - 801100-36.2002.5.16.0900, Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva, data do julgamento: 15/3/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: 23/3/2012)

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

“ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PAGAMENTO DE PERCENTUAL INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. CANCELAMENTO DO ITEM II DA SÚMULA 364 DO TST. DECISÃO TURMÁRIA QUE CONHECE DO RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA POR CONTRARIEDADE A ITEM SUMULAR POSTERIORMENTE CANCELADO. O Tribunal Superior do Trabalho, em composição plenária, sessão realizada no dia 24 de maio de 2011, cancelou o item II da Súmula 364/TST e conferiu nova redação ao item I. Ora, o cancelamento do aludido item II, que expressamente autorizava a fixação, em norma coletiva, de adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, coaduna-se com o entendimento desta Corte de que a matéria relativa ao adicional de periculosidade insere-se na classe dos direitos indisponíveis do trabalhador, aqueles referentes à segurança, à saúde e à higiene no trabalho, já que possibilitam a preservação da higidez física e mental do empregado no exercício diário das suas atividades. Tanto é assim, que o disciplinamento consolidado referente às atividades insalubres ou perigosas está nos artigos 189 a 197, Seção XIII, inserida no Capítulo V, que precisamente diz respeito à -SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO-. Nesse contexto, - assim como já direciona a OJ-SBDI1-TST-342 em relação ao intervalo intrajornada - é inválida cláusula de norma coletiva que reduz para alguém do percentual fixado em lei o adicional de periculosidade. Recurso de embargos conhecido e provido. Conclusão: Recurso de embargos parcialmente conhecido e provido.” (E-ED-RR - 189500-07.2005.5.15.0022, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, data de julgamento: 4/8/2011, Subseção I



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: 19/8/2011)

“RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. PERICULOSIDADE. PAGAMENTO DO ADICIONAL DE FORMA PROPORCIONAL. FLEXIBILIZAÇÃO AUTORIZADA POR NORMA COLETIVA. POSSIBILIDADES E LIMITES. CONTRARIEDADE À SÚMULA 364, II/TST. NÃO-CONFIGURAÇÃO. Decorrendo o adicional de periculosidade de medida de saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (arts. 193, 1º, da CLT e 7º, XXII e XXIII, da CF), o direito ao seu pagamento torna-se absolutamente indisponível, não podendo ser flexibilizado por negociação coletiva, porquanto o seu caráter imperativo restringe o campo de atuação da vontade das partes. Havendo conflito de regras jurídicas a serem aplicadas numa determinada situação enfocada, predomina na seara trabalhista o seu princípio direcionador basilar, que melhor incorpora e expressa seu sentido teleológico constitutivo, que é da norma mais favorável ao trabalhador. Assim, as normas autônomas coletivas construídas para incidir sobre uma certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônimo jus trabalhista apenas quando implementarem um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável ou quando transacionarem, setorialmente, parcelas trabalhistas de indisponibilidade apenas relativa. No presente caso, a norma coletiva contempla o pagamento do adicional de periculosidade em percentuais variados e inferiores ao estabelecido em lei (30%), enquanto a legislação pertinente (art. 1º da Lei 7.369/85) afirma que quem permanecer habitualmente em área de risco perceberá o adicional sobre o salário da jornada de trabalho integral. Tratando-se, a regra legal, de norma francamente mais favorável ao trabalhador, não subsistem dúvidas acerca de sua prevalência sobre as normas coletivas que determinam a proporcionalidade do pagamento do adicional. Aliás, a tendência desta Corte Superior Trabalhista sempre foi a de conferir especial relevo às normas de higiene, saúde e segurança laborais, mesmo em face de normas coletivas negociadas, de que é exemplo a Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1, que considera inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva que contemple a supressão ou redução do intervalo intrajornada. Em razão disso, o tipo jurídico restritivo de direitos contido na Súmula 364, II/TST deve ser interpretado também de forma restritiva, cabendo sua aplicação apenas naquelas hipóteses em que, mediante perícia técnica, fique demonstrado que o empregado não trabalhou em ambiente perigoso na integralidade da jornada contratual, podendo-se mensurar o tempo em que ele exerceu atividade em área de risco, como sugere o texto do próprio art. 2º, II, do Decreto 93.412/86, que, ao regulamentar a Lei 7.369/85, inovou ao introduzir o critério da proporcionalidade. No caso específico destes autos, não há como se aferir se a previsão contida na norma coletiva de pagamento proporcional pode ser validada, mormente porque o v. acórdão recorrido não consignou em que condições o trabalho foi prestado (se de forma contínua,



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

intermitente ou eventual) e o efetivo tempo em que os Reclamantes se expuseram ao risco no ambiente laboral (Súmula 126/TST). Em suma: embora o art. 8º da Constituição de 1988 tenha assegurado aos trabalhadores e empregadores ampla liberdade sindical, com reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, inciso XXVI), não se pode, pela via da negociação coletiva, repita-se, suprimir ou transacionar direitos que garantem ao trabalhador o mínimo de proteção à sua saúde e à sua segurança, de inquestionável indisponibilidade absoluta. Recurso de revista conhecido e desprovido.” (RR - 756528-37.2001.5.23.5555, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data DEJT 19/3/2010)

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

“ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. REDUÇÃO DO PERCENTUAL LEGAL ATRAVÉS DE NORMA COLETIVA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE HAJA PROPORCIONALIDADE ENTRE O PERCENTUAL AJUSTADO E O TEMPO DE EXPOSIÇÃO AO RISCO. SÚMULA N.º 364, II, DO TST. 1. A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que é possível a redução, mediante acordo ou convenção coletiva, do percentual legal previsto para o adicional de periculosidade; todavia, exige-se para tanto o estabelecimento de proporcionalidade entre o percentual ajustado e o tempo de exposição ao risco. Súmula n.º 364, II. 2. No caso, não consta do acórdão recorrido nenhuma menção à existência da aludida proporcionalidade. Pelo contrário, infere-se do acórdão regional que o acordo coletivo estipulava o pagamento do adicional de periculosidade, no percentual de 4,29%, a todos os trabalhadores que exerciam as funções de instalador e auxiliar instalador de telefones, sem, contudo, considerar o tempo de exposição do obreiro ao agente perigoso. 3. Nesse contexto, mostra-se inviável a incidência da Súmula n.º 364, II, do TST. Precedentes. 4. Por outro lado, os arestos transcritos no recurso de revista não impulsionam o recurso de revista por divergência jurisprudencial, uma vez que todos eles admitem a fixação do adicional de periculosidade em



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

percentual menor que o legal desde que haja proporcionalidade ao tempo de exposição ao risco, o que não ocorre na hipótese vertente. Recurso de revista não conhecido”. (RR-69700-02.2007.5.09.0662, Relator Desembargador Convocado Flavio Portinho Sirangelo, 7ª Turma, DEJT 1º/10/2010)

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

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

Além disso, tendo sido cancelado o item II da Súmula nº 364 desta Corte, não é possível conhecer do apelo por contrariedade ao referido item desse verbete sumular.

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

8. VALE-REFEIÇÃO

CONHECIMENTO

Quanto ao tema, assim se manifestou o Tribunal Regional:

“DIFERENÇAS DE VALE REFEIÇÃO - CARÁTER INDENIZATÓRIO

Consigna a r. sentença (fl. 486):

"11. Diferenças de vale refeição e integração na remuneração

O reclamante trabalhou também em sábados, domingos e feriados, conforme declarou o juízo em item anterior desta decisão, ao reconhecer como trabalhada a jornada de trabalho declinada na inicial. Em relação ao



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

trabalho em sábados, domingos e feriados, não recebeu a ajuda alimentação. São devidas as diferenças, conforme previsão convencional (CCT's). No que se refere ao pedido de integração, não há demonstração nos autos que o benefício foi concedido com base no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT). Assim, deverá haver a integração do benefício na remuneração, conforme prevê o art. 458 da CLT. Qualquer disposição convencional em sentido contrário à lei não é válida, pois significa afronta à disposição legal expressa. Outra seria a hipótese se provada a participação da primeira reclamada no Programa de Alimentação do Trabalhador, pois nesse caso, não teriam natureza salarial, por expressa disposição legal.

Condena-se a reclamada a pagar ao reclamante as diferenças de vales para refeição, cujo valor é ora arbitrado pelo juízo em R\$ 130,00 por mês, ante a existência de parâmetros mais precisos para fixação das diferenças. (...)" (grifou-se)

No particular, recorre a Brasil Telecom. Primeiro, no que tange à concessão de diferenças de vale refeição, aduz que inexistente nos autos qualquer elemento de prova no sentido de que o reclamante laborasse aos sábados, domingos. Assim, assevera que "*eventual deferimento do pedido importa em violação aos arts. 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC*" (fl. 514). Segundo, afirma indevida a integração da parcela "vale refeição" na remuneração do autor, pois é de "público conhecimento" que a Telenge está inscrita no "Programa de Alimentação do Trabalhador". Por fim, a fim de embasar a sua pretensão, invoca a Orientação Jurisprudencial n. 133 da SDI-I/TST e os arts. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal e 611, §1º, da CLT.

Pois bem.

Inicialmente, restou efetivamente comprovado, por intermédio da prova testemunhal, o trabalho realizado pelo reclamante aos sábados e domingos, consoante análise realizada em tópicos precedentes ("horas extras - trabalho externo - art. 62, II, da CLT" e "sobreaviso"). Logo, em consonância com o posicionamento desta E. Turma no sentido de que a expressão "dia útil trabalhado", constante dos ACT's anteriores a 2007, refere-se a todos os dias em que houve labor em jornada integral, são devidas as diferenças relativas ao vale refeição em favor do reclamante.

Além disso, os instrumentos normativos dispõem que a benesse seria concedida "na forma do Programa de Alimentação ao Trabalhador" (fl. 95) e o art. 3º da Lei n.º 6.321, de 14 de abril de 1976, estabelece: "*Não se inclui como salário de contribuição a parcela paga 'in natura', pela empresa, nos programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho*". Porém, os documentos acostados aos autos pela defesa não fazem prova de que a Telenge se encontra inscrita junto ao aludido programa de alimentação. O entendimento desta E. Turma é no sentido da imprescindibilidade da inscrição da empresa junto ao PAT para que a parcela fornecida a título de alimentação ostente natureza indenizatória.

No tocante ao argumento da Brasil Telecom de que é de "público conhecimento" o fato de a Telenge estar inscrita no "Programa de



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

Alimentação do Trabalhador" e, portanto, indevida a integração da verba "vale refeição" na remuneração do autor, vale o registro da lição de Manoel Antonio Teixeira Filho, citando Gusmão: "*O que é necessário é que se tenha sempre presente ao espírito o exato conceito da notoriedade, a qual consiste em ser a verdade da existência ou inexistência do fato tão pública e tão geralmente conhecida, que a ninguém seja possível, senão por teimosia ou por capricho, negá-la ou pô-la em dúvida.*" ("*A prova no Processo do Trabalho*", 8ª ed. - São Paulo: LTr, 2.003 - pp. 49/50). No caso, conclui-se que não se eleje à categoria de fato notório, ou de "público conhecimento", como prefere a recorrente, a ciência se dada empresa é ou não inscrita no PAT; necessária a prova respectiva, portanto, a qual não restou produzida, consoante já mencionado.

Isto posto, mantém-se a r. sentença." (págs. 709-712)

A reclamada sustenta que o autor compensava o trabalho aos sábados, domingos e feriados, motivo pelo qual não havia necessidade de recebimento do vale-refeição, sob pena de enriquecimento ilícito, vedado no art. 884 do Código Civil.

Ademais, alega que o benefício em questão sempre foi pago de acordo com as normas coletivas da categoria. Indica violação dos arts. 457 e 611, § 1º, da CLT e 7º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Por fim, entende que o vale-refeição não integra o salário, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 113 da SBDI-1 do TST.

A Corte regional registrou que o reclamante trabalhava em domingos e feriados, nada mencionado acerca do argumento de que havia compensação.

Assim, para que esta Corte superior possa decidir de forma diversa e, conseqüentemente, reconhecer que o autor compensava o trabalho aos sábados, domingos e feriados, como pretende a reclamada, seria necessário o reexame de fatos e provas dos autos, procedimento, contudo, inviável nesta instância de natureza extraordinária, ante o óbice da Súmula nº 126 do TST.

Ademais, o Tribunal Regional consignou expressamente que não ficou comprovada a inscrição da primeira reclamada no PAT, motivo pelo qual não há como se constatar eventual contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 113 da SBDI-1 do TST.

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



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

9. DESPESAS COM VEÍCULOS

CONHECIMENTO

Nesse particular, a Corte regional adotou o seguinte entendimento, *in verbis*:

“INDENIZAÇÃO PELO USO DO VEÍCULO PRÓPRIO - DESPESAS COM COMBUSTÍVEL

Consta da r. sentença (fls. 486/7):

"12. Indenização pelo uso do veículo particular em serviço, aluguel, ressarcimento de despesas com combustível e manutenção

O reclamante fez uso de seu veículo particular para exercer a atividade. Quando o empregado utiliza veículo próprio para trabalhar, por exigência do seu empregador e para atender as necessidades dos serviços, para viabilizar a atividade, o empregador deve indenizá-lo pelo uso do veículo e pagar as despesas decorrentes desse uso, sob pena de transferência ao trabalhador dos ônus da atividade econômica, o que é vedado pelo art. 2o da CLT.

O reclamante nada recebeu pelo uso de seu veículo, pois os valores pagos sob tal denominação não tinham essa finalidade, e sim, visavam recompensá-lo pela produção. Declarou a testemunha Júlio César que abastecia em postos e pagava o combustível (fls. 402/404). Dessa forma, a reclamada deverá pagar ao reclamante uma indenização pelo uso do veículo, e indenizar as despesas que o reclamante teve durante todo o contrato, em decorrência desse uso.

Defere-se ao reclamante uma indenização pelo uso do veículo e despesas respectivas (combustível, manutenção, depreciação etc.), ora arbitrada em R\$ 1.000,00 por mês, por razoável. Considerando-se a natureza indenizatória da parcela, não haverá integração à remuneração, para quaisquer fins".

A Brasil Telecom postula a reforma da r. decisão de 1ª instância a fim de que seja excluída da condenação a parcela indenizatória no importe de R\$ 1.000,00. Argumenta que o pagamento de "aluguel de veículo" está disciplinado em instrumento normativo e o deferimento da pretensão obreira implica desrespeito aos arts. 7º, XXVI, da Constituição Federal, e 611 da CLT. Sucessivamente, aduz que inexistente nos autos prova robusta no sentido de que a Telenge exigisse que o autor fosse proprietário de veículo, como condição para a contratação, bem como de que tenha se obrigado a ressarcir o reclamante das despesas com combustível e depreciação pelo uso do automóvel. Também assevera que o autor não era obrigado a utilizar seu automóvel na realização das atividades laborativas porque a Telenge possuía frota própria de veículos. Ademais, afirma que o reclamante não forneceu



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

quaisquer parâmetros objetivos para que a M.M. Juíza de origem pudesse arbitrar montante invariável a título de indenização pelo uso do veículo e despesas respectivas. Por derradeiro, alega que carece de amparo legal sua responsabilização pelo pagamento de "*promessas de pagamento de aluguel/despesas relativas a veículo de empregados das empresas contratadas*" - fls. 515/6.

Pois bem.

Inicialmente, vale o registro de que na inicial, o autor disse que foi admitido pela ré Telenge em 10 de janeiro de 2006, na função de "oficial de linhas". Posteriormente, passou a exercer as atribuições de 'instalador/reparador' e a utilizar veículo próprio para tanto.

Inconteste que norma inserta em instrumento normativo prevê que '*Os instaladores (...) que utilizam-se de veículo automotor próprio ou de terceiros para a execução dos serviços para a empresa, terão reembolsadas todas as despesas do veículo. Tendo em vista que a quilometragem realizada ao final de cada mês está diametralmente ligada a quantidade de atendimentos externos realizados, os valores de cada atendimento dos empregados serão taxados de acordo com a média dos últimos 12 meses (...)*'. Na mesma regra, foram fixados os valores de reembolso com despesas do veículo, com base nas seguintes atividades: a) Ordem de Serviço Interna; b) Ordem de Serviço Externa; c) Manutenção de Telefone Público; d) Instalação Inicial de Telefone Público; e) Acessos de Telefone Público; e f) Manutenção de Linha de Acesso Convencional. Fixou-se, ainda, que os valores acima descritos, dotados de natureza indenizatória, cobririam as despesas de aluguel, manutenção e combustível do veículo utilizado. (fl. 326)

Da leitura da própria cláusula convencional tem-se que os valores pagos ao autor, na realidade, remuneravam a execução das ordens de serviços, sendo rotulados inapropriadamente de "reembolso de custos de uso veículo". Afinal, não há porque se vincular o ressarcimento de gastos com manutenção do veículo e quilometragem aos serviços realizados de diversas naturezas. Por exemplo, não seria lógico que o empregado, por percorrer 10km para realizar a "manutenção de linha de acesso convencional", viesse a perceber um valor diferente daquele que faria jus para a "instalação inicial de telefone público". **Portanto, aludida conclusão afasta a tese da Brasil Telecom no sentido de que o pagamento de aluguel estava previsto em instrumento normativo e, por conseguinte, não é possível falar em violação aos arts. 7º, XXVI, da Constituição Federal, e 611 da CLT.**

Ademais, não prospera a insurgência da Brasil Telecom de que inexistiu prévia avença de ressarcimento dos gastos efetuados pelo reclamante em razão do uso de seu veículo no exercício das atividades inerentes ao contrato de trabalho, pois, conforme preceitua o *caput* do art. 2º da CLT e é princípio basilar do direito do trabalho, os riscos do negócio são atribuídos ao empregador. Ou seja, **desde que a serviço da empresa, o ressarcimento das despesas efetuadas pelo empregado é de**



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

responsabilidade do empregador, pois é seu o ônus da direção da prestação do trabalho, bem como o auferimento dos lucros do negócio.

Como bem se posiciona o C. TST:

"É inexigível para o deferimento da indenização por utilização de veículo norma contratual específica, porquanto ao empregador compete suportar os riscos do empreendimento, devendo fornecer os meios e instrumentos necessários à prestação do trabalho, não podendo o trabalhador sofrer o desgaste de seu patrimônio decorrente da prestação do serviço. Precedentes. Recurso de revista parcialmente conhecido e não provido" (TST-RR-3700-08.2002.5.04.0024, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 24/02/2010, 8ª Turma, Data de Publicação: 26/02/2010)

No mesmo sentido, o precedente desta E. Turma, relatado pela Exma. Desembargadora Marlene T. Fuverki Suguimatsu:

"UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO DO EMPREGADO EM SERVIÇO. INDENIZAÇÃO PELO COMBUSTÍVEL E DEPRECIAÇÃO DO BEM. RISCOS DO EMPREENDIMENTO - Quando o empregado utiliza veículo próprio para a prestação de serviços, sem ressarcimento de despesas pelo empregador, o fato resulta em lucros indevidos a este e transferência dos riscos do negócio ao trabalhador, o que torna irrelevante a existência de pactuação, entre as partes, para uso de veículo do empregado na prestação de serviços. A transferência dos riscos do negócio ofende o art. 2º da CLT e a imposição a que o empregado realize despesas na prestação de serviços implica enriquecimento sem causa pelo empregador. Recurso do autor a que se dá provimento, no particular, para condenar a ré ao pagamento de despesas com combustível, desgaste e depreciação do veículo." (TRT-PR-02708-2006-010-09-00-7-ACO-16144-2009 - 2ª TURMA - Publicado no DJPR em 29-05-2009).

Por outro lado, em defesa (fl. 257), a Telenge admitiu que "*quando da mudança de função (de oficial para instalador), o reclamante tinha pleno conhecimento de que seria necessário ter um veículo para desempenhar suas funções*". Logo, incontroverso o fato de a Telenge exigir que o reclamante fosse proprietário de automóvel como condição para o exercício da função de instalador/reparador.

Quanto ao valor da parcela deferida pelo M. Juiz de primeiro grau, esta E. Turma firmou entendimento no sentido de fixar o montante de R\$ 800,00 a título de "aluguel de veículo".

No que tange à responsabilidade da Brasil Telecom pelo pagamento de obrigações decorrentes do contrato de trabalho firmado entre a Telenge e o reclamante, já foi objeto de exame em tópico anterior ("responsabilidade solidária").

Reforma-se parcialmente a r. sentença para reduzir o valor ao aluguel do veículo a R\$ 800,00 (oitocentos reais), nos termos da fundamentação". (pág. 712-716)



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

Em razões de recurso de revista, a reclamada sustenta que o reclamante não se desincumbiu de comprovar os valores gastos com a utilização de veículo próprio, conforme disposto nos arts. 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC.

Por outro lado, a parcela foi paga em estrita observância dos valores previstos em acordos coletivos, motivo pelo qual pretende seja observado o que foi pactuado, nos termos dos arts. 611 da CLT e 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, que reputa violados.

A Corte regional, soberana na análise do conjunto fático-probatório, concluiu que “aludida conclusão afasta a tese da Brasil Telecom no sentido de que o pagamento de aluguel estava previsto em instrumento normativo e, por conseguinte, não é possível falar em violação aos arts. 7º, XXVI, da Constituição Federal, e 611 da CLT” (pág. 714).

Assim, para que esta Corte superior possa decidir de forma diversa e, conseqüentemente, reconhecer que havia previsão, em norma coletiva, de reembolso com despesa de veículo, como pretende a reclamada, seria necessário o reexame de fatos e provas dos autos, procedimento, contudo, inviável nesta instância de natureza extraordinária, ante o óbice da Súmula n° 126 do TST.

Ademais, o Tribunal Regional não apreciou a controvérsia sob o enfoque do ônus da prova quanto à comprovação das despesas realizadas, motivo pelo qual não há como se constatar violação dos arts. 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC.

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

10. MULTAS CONVENCIONAIS

CONHECIMENTO

O Tribunal Regional manteve a sentença de origem no particular, alicerçando-se nos seguintes fundamentos:

“Sem razão. No caso dos autos, verifica-se que a reclamada Telenge descumpriu cláusulas relativas ao pagamento das horas extras (cl. 52 vide fl. 83), vale refeição (cl. 21 vide fl. 77) e reajuste salarial de 3% - Termo aditivo à CCT 2007/2009 (cl. 3ª vide fl. 104). Portanto, neste aspecto, nada a prover,



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

e além disso não é possível falar em violação dos art. 7º, XXIV, da Constituição Federal, e 611 da CLT.

Quanto ao pedido alternativo, diante da violação de mais de uma convenção coletiva, a multa deve incidir por instrumento violado, conforme Súmula 384, item I, do C. TST:

‘O descumprimento de qualquer cláusula constante de instrumentos normativos diversos não submete o empregado a ajuizar várias ações, pleiteando em cada uma o pagamento da multa referente ao descumprimento de obrigações previstas nas cláusulas respectivas’. (ex-OJ n. 150 da SBDI-I - Inserida em 27.11.1998)

Registre-se a lição de José Eduardo Haddad sobre a hipótese fática que originou a Orientação Jurisprudencial n.º 150 da SBDI-I do C. TST, a qual foi posteriormente convolada na Súmula acima transcrita (Precedentes Jurisprudenciais do TST Comentados, 2ª ed., editora LTr):

‘A hipótese fática que originou o Precedente ora referido abrange as ações em que, devido à pluralidade de instrumentos normativos acostados aos autos, cada qual possuindo cláusula penal que comina multa 'por ação', e frente à multiplicidade de infrações abrangendo todas elas, postula o reclamante o pagamento das multas ali cominadas no mesmo processo. Levantam as rés naquelas ações, óbice à cominação de pluralidade de multas, asseverando que, o termo 'ação', contido na redação da cláusula penal, limitaria a aplicação da pena em somente uma multa por ação.

O TST rejeitou, com acerto, tal alegação. Discutidas e reconhecidas na ação as várias infrações cometidas pelo empregador, cada qual com previsão de multa específica em um instrumento normativo, inexistente vedação para que na mesma ação sejam cominadas as várias penalidades. Como bem justifica o Ministro Ronaldo Leal no voto que proferiu o E-RR 256.349/96, ‘... o termo 'ação' diz respeito ao acesso ao Judiciário para que possa o obreiro ver reconhecido o direito ao pagamento da multa no caso de violação dos termos dos acordos, não estando relacionado com o número de multas a serem aplicadas. Assim, se o Reclamado violar cláusula penal ajustada em convenção ou acordo coletivo. Admitir o contrário seria desconsiderar o ajuste feito entre as partes, premiar o empregador pela violação e preterir o respectivo instrumento coletivo.’

Ademais, com mais razão ainda, no caso concreto, é inviável a restrição proposta pela reclamada, visto que nos instrumentos normativos aplicáveis sequer se sugere que pudesse caber apenas uma multa ‘por ação’.

Por outro lado, relativamente à alegação no sentido de que ‘a condenação no que diz respeito à horas extras não implica pagamento de multa convencional, porquanto decorrente de decisão judicial, não sendo previsível pelas partes reclamadas à época do contrato de trabalho’ (fl. 516), inova a recorrente, pois não foi objeto de tese defensiva (fls. 264/5 e 373-v).

Mantém-se a r. sentença, sem prejuízo quando da análise do recurso do autor”. (págs. 719 e 720)



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

A reclamada, em suas razões de recurso de revista, sustenta que "jamais foi empregadora do autor, não podendo ser responsabilizada por multas convencionais devidas a este" (pág. 814). Indica contrariedade à Súmula n° 374 do TST e violação dos arts. 7º, inciso XXIV, da Constituição Federal e 611 da CLT.

Inicialmente, ressalta-se que a controvérsia não foi apreciada sob o enfoque da Súmula n° 374 do TST, motivo pelo qual o recurso não será apreciado sob esse enfoque, ante a ausência de prequestionamento, conforme preconizado na Súmula n° 297, item I, do TST.

Ademais, não cabe falar em violação da literalidade dos dispositivos legal e constitucional indicados, tendo em vista que devidamente observado o comando normativo, pelo qual se previu o pagamento de multa em caso de descumprimento das cláusulas relativas às horas extras, vale-refeição e reajuste salarial.

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

11. PRÊMIO-PRODUÇÃO

CONHECIMENTO

Consignou-se no acórdão regional o seguinte entendimento acerca da controvérsia:

"Na inicial, o reclamante asseverou que 'durante o período em que o reclamante exerceu a função de oficial de linhas recebeu, além do salário em folha, valores a latere, fixos, denominados prêmio de produção, no importe de R\$ 200,00 mensais'. (fl. 7)

As reclamadas, em defesa (fls. 231/3 e 368-v), negam o pagamento "por fora" de quaisquer valores sob a rubrica de "prêmio produção".

A fim de resolver aludida controvérsia, imprescindível a análise dos depoimentos adotados como prova emprestada.

A testemunha Edilson Assis Borsoi, que exerceu a função de "instalador/reparador" durante todo o contrato de trabalho, ouvida em juízo a convite da parte autora (fls. 397/8), disse que: "Ganhava salário fixo, além de acessos de telefones públicos e de LAs, bem como de altas. Os valores do salário fixo eram creditados em conta bancária, sendo adotado o mesmo procedimento para pagamento dos acessos. Eram dois depósitos separados mas feitos na mesma conta bancária. (...) Na microárea atendida pelo depoente e pelo autor havia 200 TPs, 5.000 LAs e em média 110 OS por mês.



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

Os valores correspondentes eram rateados entre o autor e o depoente. Em meados de 2005 a microárea foi subdividida, sendo destinados ao autor os municípios de São Jorge, Alagados do Iguazu e Dr. Antonio Paranhos, permanecendo aos cuidados do depoente os demais. Na microárea destinada ao autor havia cerca de 40 TPs, 1.200 LAs e de 18 a 20 Ordens de serviço. O supervisor disse que ao autor seria pago valor fixo depois da divisão da microárea, em razão de que ele ficara com poucos acessos e não conseguiria se manter apenas com estes. Não sabe de quanto era o valor. O oficial de linhas faz consertos de fios e regulamentação de telefones públicos". (grifou-se)

Júlio César Téó, testemunha inquirida por indicação da parte autora, asseverou que "trabalhou para ré de 01/03/02 a 07/08/08, na função de supervisor e instalador. Conhece o reclamante porque trabalhava para a mesma empresa embora não tenha trabalhado no mesmo local. (...) Quando o depoente foi instalador na primeira reclamada recebia salário fixo e produção, a qual consistia em número de LAS instalados, serviços executados de altas e mudanças e manutenção de telefones públicos. Os valores auferidos a título de produção eram depositados diretamente em conta, assim como os salários. Não se recorda qual era o título que aparecia no extrato bancário para identificar os referidos depósitos. (fls. 402/3 - grifou-se)

Depreende-se do depoimento de Orides Moresco que "um ano depois da contratação passou a oficial de linhas, função que exerceu durante dois anos, passando então a encarregado. O salário do depoente, como oficial de linhas, era composto de salário fixo, creditado na conta no Banco Bradesco, além de R\$ 200,00 mensais pagos mediante cartão, inicialmente no Banco do Brasil e depois do HSBC. Não sabe dizer a que título eram pagos os R\$ 200,00 mas diziam que era um espécie de ajuda de custo". (fl. 405 - grifou-se)

Por outro lado, as declarações da testemunha Pedro Gonçalves Lopes em nada acrescentaram, no particular.

Assim, evidencia-se das declarações do Sr. Orides Moresco que o reclamante desvencilhou-se do ônus de demonstrar o fato constitutivo de seu direito (arts. 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC). Além disso, observou a Exma. Revisora sobre a questão:

"(...) Esta situação se repete em vários outros processos e a Turma tem reconhecido salário "a latere" (...).

Não é possível conceber que espécie de documento provaria que uma parcela do salário era paga de forma a impedir sua integração, para todos os efeitos legais. Quando adota essa espécie de procedimento, o primeiro cuidado de que se cerca o empregador é evitar que, no futuro, o fato possa ser comprovado, em Juízo, especialmente por documentos. Pela mesma razão, os empregados não costumam presenciar o pagamento feito aos colegas, de modo que sequer podem ter certeza quanto aos valores.

Essa é a razão da informação imprecisa feita pela testemunha Orides Moresco. Entretanto, apesar disso, sua declaração expressa certeza em



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

relação ao expediente fraudulento adotado pela ré de pagar determinada importância não contabilizada. Assim, (...) entendo que o autor se desvencilhou do seu ônus de demonstrar o fato constitutivo de seu direito. Assim, voto favorável à integração do valor, com o deferimento dos reflexos inerentes".

Reforma-se a r. sentença para reconhecer o pagamento de salário a latere (prêmio produção), no importe de R\$ 200,00 mensais, no período em que exerceu a função de oficial de linhas, acrescendo à condenação o pagamento dos reflexos destas parcelas em horas extras, aviso prévio, férias + 1/3, 13º salário, FGTS mais multa de 40%. Não haverá reflexos em dsr, por se tratar de parcela mensal." (págs. 721-724, destacou-se)

Nas razões recursais, a reclamada registra a tese de que o autor não se desincumbiu do ônus da demonstrar o fato constitutivo do seu direito, em desatendimento ao disposto nos arts. 333, inciso I, do CPC e 818 da CLT. Por outro lado, sustenta que "os valores e forma de pagamento do prêmio-produção estão previsto em norma coletiva, pelo que manter a condenação implica violação do art. 7º, XXVI, da CF e art. 611, parágrafo 1º, da CLT" (pág. 815).

Inicialmente, ressalta-se que o princípio da distribuição do ônus da prova somente se aplica quando não comprovados os fatos. *In casu*, comprovado o fato constitutivo do direito do autor, concernente ao reconhecimento do pagamento do prêmio-productividade extrafolha, inviável falar em violação dos arts. 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC.

Ademais, a Corte regional não apreciou a controvérsia à luz da previsão de pagamento em acordo coletivo, o que atrai a incidência da Súmula nº 297, item I, do TST como óbice à análise do recurso, ante a ausência de prequestionamento.

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

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

CONHECIMENTO



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

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

“INTERVALO INTRAJORNADA

Consigna a r. sentença (fl. 482):

"8. Horas extras e projeções nas demais verbas

(...)

A prova oral produzida em audiência, analisada em conjunto com a prova documental, deixa evidente que o reclamante cumpriu jornada de trabalho que excedeu o limite legal. A reclamada não juntou aos autos os documentos que poderiam demonstrar que horários de trabalho o reclamante cumpriu. Além disso, faltou ao dever legal de manter os controles de presença de seus empregados (CLT, art. 74). Assim, declara-se que o reclamante cumpriu as jornadas de trabalho declinadas na inicial, por aplicação do princípio da aptidão da prova, exceto em relação aos intervalos intrajornada, pois segundo é possível aferir dos depoimentos, o reclamante gozou pelo menos 1h00 de intervalo.

(...)" (grifou-se)

O reclamante pretende a reforma da r. decisão de origem no tocante ao intervalo intrajornada. Afirma que houve supressão parcial do período destinado ao repouso e alimentação, o que foi corroborado pela prova oral.

Prospera em parte a insurgência.

Consta da inicial que o autor desempenhava a seguinte jornada de trabalho: a) na função de "oficial de linhas" (da contratação até janeiro de 2007) - entre segunda e sexta-feira, das 8h às 21h, com vinte minutos, em média, de intervalo intrajornada, e aos sábados, como sendo das 8h às 16h, sem intervalo para repouso e alimentação; b) na função de "instalador/reparador" - de segunda a sexta-feira, das 07h30min às 20h, com uma hora, em média, de intervalo intrajornada, e aos sábados, como sendo das 8h às 18h, também com uma hora de intervalo. (fls. 9/10)

As reclamadas, em síntese, afirmaram que o reclamante sempre usufruiu de, no mínimo, uma hora de intervalo intrajornada, consoante previsão do art. 71 da CLT (fls. 249 e 369-v).

Pois bem.

Primeiramente, importante esclarecer que, na inicial, o autor aduziu que passou a exercer a função de "instalador/reparador" no mês de janeiro de 2007, porém a mudança de função apenas restou consignada em sua CPTS em fevereiro de 2008. Diante do alegado, a M.M. Juíza de origem assim concluiu: "A alegação do reclamante de que passou a exercer a função de



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

instalador/reparador em janeiro de 2007 não ficou demonstrada nos autos. As testemunhas nenhuma referência fizeram a respeito desse fato. Assim, tem-se que somente passou a exercer tal função em fevereiro de 2008" (fl. 479). Como o decidido em 1º grau não foi objeto de insurgência, tem-se que o reclamante passou a desempenhar as atribuições de "instalador/reparador" em fevereiro de 2008, para todos os efeitos.

Relativamente ao lapso temporal em que o autor desempenhava as atribuições de "oficial de linhas", as declarações da testemunha Orides Moresco (fls. 404/5), que também desenvolveu as atividades laborativas inerentes ao "oficial de linha", corroboraram a versão apresentada na inicial no tocante a não observância do mínimo legal estatuído para o intervalo intrajornada. Confira-se:

"PRIMEIRA TESTEMUNHA DO AUTOR: Orides Moresco (...). Interrogado, respondeu: exibiu sua CTPS onde consta à fl. 13 contrato de trabalho com a primeira ré de 09/04/2002 a 03/12/2007, na função de auxiliar geral. Um ano depois da contratação passou a oficial de linhas, função que exerceu durante dois anos, passando então a encarregado. (...) Cumpria jornada das 7h30min às 21h, com intervalo de 20 a 30min, de segunda a sexta-feira. Dificilmente conseguia encerrar antes a jornada. No sábado trabalhava em geral das 7h30min às 15h, quase sempre sem intervalo".

Vale o registro de que as demais testemunhas já foram admitidas pela reclamada Telenge na função de "instalador/reparador" e jamais exerceram as atribuições de "oficial de linha" durante a contratualidade.

Assim, com base na prova oral, fixo que o autor usufruía intervalo intrajornada de 25 minutos, no período relativo ao exercício da função de "oficial de linhas", ou seja, de 10/01/2006 até o mês de fevereiro de 2008.

Na hipótese, as horas extras intervalares devem ser pagas de forma integral (uma hora, e não só o tempo faltante para completar uma hora). Isso porque é devido o pagamento pelo tempo total porque a concessão parcial não atinge a finalidade do instituto. Nesse sentido, ainda, o entendimento que defluiu do contido na OJ 307 da SDI-1/TST. Corrobora o posicionamento adotado as seguintes decisões proferidas por outros Regionais:

"(...)

Além disso, as horas extras intervalares, igualmente, devem ser pagas com o acréscimo do adicional de horas extras ao valor hora normal, sem que isso implique bis in idem, porque a remuneração da sobrejornada não se confunde com a do intervalo suprimido.

Quanto aos reflexos, o próprio art. 71, § 4º, da CLT, menciona que o empregador fica obrigado a remunerar (não indenizar) o período de intervalo intrajornada não concedido, com o acréscimo de, no mínimo, cinquenta por cento sobre o valor da hora normal de trabalho. Clara, portanto, a característica remuneratória dessa verba. Sequer é possível alegar que tal natureza somente poderia ser reconhecida às parcelas que se destinam à contraprestação do efetivo trabalho, na medida em que o pagamento das férias gozadas e do descanso semanal também ostentam idêntico matiz.

Nesse sentido:



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

"(...)

Por outro lado, no que tange ao interregno do contrato de trabalho em que o reclamante exerceu a função de "instalador/reparador", o autor desfrutava de uma hora de intervalo para repouso e alimentação, consoante se extrai da própria peça inaugural. Logo, não é possível falar em infração ao art. 71 da CLT durante o período supramencionado.

Reforma-se parcialmente a r. sentença para deferir o pagamento integral correspondente ao intervalo intrajornada, ainda que parcialmente usufruído, no período relativo ao exercício da função de "oficial de linhas", observando-se os mesmos parâmetros e reflexos fixados na r. sentença para as demais horas extras." (págs. 726-731- grifou-se)

No recurso de revista, a Brasil Telecom sustenta que a infração do intervalo mínimo não acarreta o pagamento de uma hora extra de forma integral, mas apenas dos minutos não usufruídos, conforme divergência jurisprudencial colacionada. Indica afronta ao artigo 71, § 4º, da CLT, contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 307 da SBDI-1 e divergência jurisprudencial.

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

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

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

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



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

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

Está sedimentado, nesta Corte, o entendimento de que, desde o advento da Lei nº 8.923/94, a não concessão de intervalo para repouso e alimentação impõe a obrigação de pagamento do período referente ao intervalo não concedido, acrescido do adicional de hora extra, não havendo inferir-se que o direito se limitaria apenas ao tempo remanescente para integralizar o mínimo fixado em lei.

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

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

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

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

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



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

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

Diante das considerações expostas, fica evidente que o posicionamento adotado pelo TRT de origem está em consonância com o entendimento jurisprudencial sedimentado nesta Corte, consubstanciado na Súmula nº 437, itens I e II (antigas Orientações Jurisprudenciais nºs 307 e 354 da SBDI-1), razão pela qual também não há falar em divergência jurisprudencial, nos termos do artigo 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333 desta Corte.

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

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

I- CONHECIMENTO

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

“INTERVALO PREVISTO NO ART. 384 DA CLT

Quanto ao intervalo do art. 384 da CLT, a M.M. Juíza de origem assim decidiu (fl. 483):

"(...), eis que tem como destinatário apenas as mulheres, considerando-se a singularidade desse grupo. A proteção especial que a lei confere às mulheres constitui uma garantia e não uma discriminação de classe, pois visa criar condições equitativas e satisfatórias de trabalho respeitando as particularidades e necessidades físicas da mulher. Não se dirige, portanto, ao reclamante".

No particular, o reclamante postula a reforma da r. sentença. Aduz que "*a equiparação de homens e mulheres no que tange ao pedido em comento, em nada fere o princípio da isonomia, vez que o mesmo está a "agregar" o direito à concessão do intervalo também ao homem, sem qualquer prejuízo de ordem legal às mulheres*" (fl. 538).

Primeiramente, registre-se que, consoante decisão do Pleno do C. TST (IIN-RR 1540/2005-46-12-00 5), a norma em questão encontra-se em plena



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

vigência, pois não paira sobre ela qualquer inconstitucionalidade. Impende transcrever em parte supracitada decisão:

"(...) levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT".

Também não merece guarida a assertiva da reclamada Telenge, contida na defesa (fl. 253), de que "*o reclamante jamais laborou em caráter extraordinário*" e, por isso, não faria jus a tal benesse. No entanto, restou, efetivamente, demonstrado que o autor realizava, habitualmente, horas extras, durante a contratualidade, conforme explanação feita por ocasião da análise do recurso da reclamada Brasil Telecom.

Ademais, referido dispositivo que prevê o direito a intervalo de quinze minutos antes do início de jornada extraordinária igual ou superior a trinta minutos, transmuta-se, constatada a sua inobservância, em direito ao pagamento do tempo correspondente como extra.

Na hipótese, aplica-se, por analogia, a mesma regra constante no art. 71, § 4º, ou seja, de que a não observância do intervalo intrajornada gera para o reclamante o direito de receber o período de tempo que lhe foi sonogado, acrescido de 50%.

Vale o registro de que, ao meu sentir, seria indevido, o intervalo previsto no art. 384 da CLT, por se tratar de trabalhador homem, na hipótese dos autos. Porém, prevalece o entendimento majoritário desta E. 2ª Turma em sentido contrário, conforme os seguintes precedentes: RO 01294-2008-071-09-00-01, publicado em 23/4/10; RO 672-2008-093-09-00-6, DJ 25/6/10 e RO 21379-2006-008-09-00-7, DJ 07/5/10. As razões de decidir se estampam na seguinte ementa:

"INTERVALO. ARTIGO 384 DA CLT. ISONOMIA. Ao determinar que, entre a jornada normal e a extraordinária, a empregada tem direito a um intervalo mínimo de quinze minutos, o artigo 384 da CLT oferece proteção a uma situação desigual, o que afasta qualquer ofensa ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, I da Constituição). Trata-se de aplicação da justiça distributiva, já defendida por Aristóteles ("...tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais..."). Se o que se questiona é a igualdade de tratamento, a luta deve ser pela extensão do direito a todos os trabalhadores, e não pela exclusão da garantia que já existe em relação a alguns. Recurso provido para acrescer à condenação o pagamento, como hora extra, do intervalo previsto no art. 384 da CLT". (TRT-PR-12761-2007-003-09-00-9-ACO-07089-2009-publ-17-03-2009. Relatora MARLENE T. FEVERKI SUGUIMATSU)

Ante o exposto, reforma-se a r. sentença para acrescer à condenação as horas extras decorrentes do desrespeito ao intervalo previsto no artigo 384 da



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

CLT, assim como os reflexos já deferidos para as demais horas extras.”
(págs. 731-733)

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

Razão lhe assiste.

Esta Corte, por meio do julgamento do TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, ocorrido na sessão do Pleno do dia 17/11/2008, decidiu que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição da República.

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

“MULHER - INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT EM FACE DO ART. 5º, I, DA CF.

1. O art. 384 da CLT impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher. Pretende-se sua não recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres decantada pela Carta Política de 1988 (art. 5º, I), como conquista feminina no campo jurídico.

2. A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres. Analisando o art. 384 da CLT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade (cfr. Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1 do TST).

3. O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (CF, art. 201, § 7º, I e II). A própria diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade (CF, art. 7º, XVIII e XIX; ADCT, art. 10, § 1º) deixa claro que o desgaste físico efetivo é da maternidade. A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

finais da gestação, a um desgaste físico cada vez maior, o que justifica o tratamento diferenciado em termos de jornada de trabalho e período de descanso.

4. Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas a dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher.

5. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista rejeitado.” (IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, Tribunal Pleno, DJ 13/2/2009)

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

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

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



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ
15/6/2009)

“PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER. INTERVALO PREVISTO NO ARTIGO 384 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. 1. Muito embora a Constituição da República de 1988 assegure a homens e mulheres igualdade de direitos e obrigações perante a lei, como consagrado em seu artigo 5º, inciso I, daí não resulta a proibição de que as peculiaridades biológicas e sociais que os caracterizam sejam contempladas na lei. Uma vez evidenciado que a submissão de homens e mulheres a determinadas condições desfavoráveis de trabalho repercute de forma mais gravosa sobre uns do que sobre outros, não apenas se justifica, mas se impõe o tratamento diferenciado, como forma de combater o *discrímen*. Tal é o entendimento que se extrai do artigo 5, (2), da Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho, sobre Discriminação no Emprego e Ocupação, ratificada pelo Brasil em 1965. 2. Não há incompatibilidade entre a atual ordem constitucional e o preceito insculpido no artigo 384 da CLT, que continua em pleno vigor. Tem direito, assim, a mulher, a 15 minutos de intervalo entre o término da sua jornada contratual e o início do trabalho em sobrejornada. 3. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST-RR-20198/2005-013-09-00, 1ª Turma, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, DJ 12/6/2009)

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

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

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



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

II - MÉRITO

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

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

14. DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL

CONHECIMENTO

Eis o teor do acórdão regional:

“INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

Consigna a r. sentença:

‘15. Indenização por dano moral - assédio moral no trabalho

O assédio moral representa grave violação à intimidade do Ser humano, à imagem, fere o direito de personalidade. No ambiente de trabalho, decorre de atitudes deliberadas cujo objetivo é destruir o trabalhador e afastá-lo do mundo do trabalho. Segundo os especialistas, o assédio moral materializa-se por meio de comportamentos, palavras, gestos, escritos danosos etc., que atingem a personalidade, dignidade, integridade física ou psíquica da pessoa, põe em risco seu emprego, degrada suas condições de trabalho. São atos ou comportamentos provindos do patrão, gerente ou superior hierárquico ou dos colegas, que traduzem uma atitude de perseguição capaz de acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas e morais do trabalhador. As humilhações veladas podem evoluir para violência declarada, dando início a fase de aniquilamento moral ou psicoterror, gerados pela dominação mental que atinge o comportamento interior da vítima e causa tensões e angústias que influem em seus desejos, comportamentos e ações.

No caso em discussão, o reclamante alega que o assédio moral decorreu do fato de ter sido colocado no mural da empresa



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

um documento denominado ‘Os dez mandamentos da telefonia’, que teria causado ofensa moral. O documento foi trazido aos autos (fl. 71). Não obstante o que consta no documento, que pode ser extraído com facilidade da internet, entende este juízo que o simples fato de ter sido afixado mural da empresa induz, necessariamente, a prática de assédio moral. Não há como presumir que causou transtornos emocionais, afetou sentimentos, insegurança ou abalo moral.

Indefere-se o pedido’.

O autor pleiteia a condenação das reclamadas ao pagamento de indenização por dano moral decorrente da prática de assédio moral.

Na inicial, o reclamante narrou que *‘a reclamada no decorrer do contrato afixou no mural da empresa, por inúmeras vezes, documento impresso, consistente em e-mail, o qual tratava-se dos ‘mandamentos da telefonia’. Referido documento foi retirado do mural pelos empregados, dentre eles o reclamante, em diversas oportunidades, que se sentiram ofendidos com tal prática, bem como com o conteúdo do mesmo. A empresa, todavia, insistia em manter o mesmo ao alcance dos olhos de seus empregados’* (fl. 19).

Em defesa, a reclamada Telenge aduz que *‘os tais mandamentos da telefonia de fato circulam dentro da empresa, como circulam na maioria, senão em todas as outras empresas do ramo. Trata-se de uma piada, uma história, não para ofender os funcionários, e sim, para ter a empresa um clima de descontração e amizade. Como se pode ver pelos documentos ora juntados, circulam na internet textos semelhantes falando da Maldição dos Engenheiros e Maldição da Informática etc. (...) Não há qualquer razão para o reclamante sentir-se humilhado ou assediado moralmente. Pelo contrário, com certeza, o próprio reclamante deve ter rido com seus colegas do e-mail em comento’* (fls. 265/6). Por sua vez, a reclamada Brasil Telecom negou, genericamente, a prática do ato ilícito (fls. 372-v/3).

Ao examinar os depoimentos adotados como prova emprestada, ressalte-se as declarações da testemunha Júlio César Téó a respeito da questão:

‘(...) O depoente recebeu no e-mail os ‘dez mandamentos da telefonia’, sendo que o coordenador colocou o documento no mural. Tais documentos costumavam ficar expostos no mural da empresa’. (fl. 403) (destacou-se)

Ainda, transcrevo o teor do aludido documento, anexado nos autos pelo reclamante à fls. 71:

‘Mandamentos da Telefonia!!!

Conta a lenda que quando Deus liberou para os homens o conhecimento sobre a telefonia, determinou que aquele ‘SABER’ ficaria restrito a um grupo muito pequeno e selecionado. Entretanto, nesse pequeno grupo, onde todos se consideravam ‘semi-deuses’, já havia aquele que trairia as determinações divinas (...).

Deus, bravo com a traição resolveu fazer valer alguns mandamentos:



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

- 1° Não terás vida pessoal, familiar ou sentimental.
 - 2° Não verás seu filho crescer.
 - 3° Não terás feriado, fins de semana ou qualquer outro tipo de folga.
 - 4° Terás gastrite, se tiveres sorte. Se for como os demais terá úlcera.
 - 5° A pressa será teu único amigo e as suas refeições principais serão os lanches, as pizzas e o china in box.
 - 6° Teus cabelos ficarão brancos antes do tempo, isso se te sobrarem cabelos.
 - 7° Tua sanidade mental será posta em cheque antes que completes 5 anos de trabalho.
 - 8° Dormir será considerado período de folga, logo, não dormirás.
 - 9° Trabalho será teu assunto preferido, talvez o único.
 - 10° Quando de folga no domingo sairá a rua olhando os postes e as redes, como se fosse um lazer. (...)’ (destacou-se).
- Pois bem.

Embora as reclamadas, ainda que de modo genérico, tenham negado a prática dos fatos narrados na inicial, tais foram ratificados por intermédio da prova oral, consoante se vislumbra das declarações do Sr. Júlio César Téo, testemunha ouvida em juízo a convite da parte autora, acima transcritas.

Aliás, de se notar, em vista do contido à fls. 265/6, que as situações ali narradas (divulgação de tais textos em "rodas de amigos" ou na rede mundial de computadores) são diferentes de se buscar institucionalizar aludidas informações ("dez mandamentos da telefonia") como se verificou no caso vertente, com a realização de atos pelo empregador que incutiam no empregado, quando menos, a sensação de que o conteúdo da mensagem, acima descrito, era o correto e o esperado.

Assim, em clara afronta aos direitos de personalidade do trabalhador, presentes os elementos ensejadores da indenização por dano moral, nos termos dos artigos 186 e 927, ambos do CC.

Com relação ao *quantum*, a doutrina relaciona alguns critérios em que o Juiz deverá apoiar-se a fim de que possa, com equidade e, portanto, com prudência, arbitrar o valor decorrente da indenização, a saber: a) a gravidade objetiva do dano; b) a intensidade do sofrimento da vítima; c) considerar a personalidade e o poder econômico do ofensor; e d) pautar-se pela razoabilidade e equitatividade da estipulação.

Em verdade, não há um parâmetro próprio para estimar o valor a ser ressarcido. Consoante Maria Helena Diniz, "na reparação do dano moral o juiz deverá apelar para o que lhe parecer equitativo e justo, mas ele agirá sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões da parte, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. Portanto, ao fixar o *quantum* da indenização, o juiz não procederá a seu bel-prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação" (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. vol. 7. 4. ed. p. 77).

Diante disso, arbitro, em parcela única, a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por dano moral.



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

Os juros de mora e a correção monetária deverão ser computados a partir de quando proferida esta decisão, conforme Súmula 11, itens I e II, deste E. Tribunal. Não incidem imposto de renda e contribuição previdenciária, ante a natureza indenizatória desta parcela, nos termos do art. 6º da Lei n. 7.713/1988 e do art. 28 da Lei n. 8.212/1991.

Ante o exposto, reforma-se a r. sentença para condenar as rés ao pagamento de indenização por dano moral, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com juros e correção monetária a partir de quando proferida esta decisão.” (págs. 737-741 - destacou-se)

Insurge-se a reclamada contra essa decisão, ao argumento de que não ficaram demonstrados os requisitos caracterizadores do dano moral. Para viabilizar o conhecimento do recurso, indica violação dos arts. 5º, incisos II, V, X e LVII, da Constituição Federal, 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC. Transcreve arestos para confronto de teses.

Conforme destacado pelo Regional, estão claramente evidenciados os requisitos indispensáveis à configuração do dano moral, qual seja a evidente afronta à imagem e à dignidade da pessoa humana, visto que, conforme registrado, “as situações ali narradas (divulgação de tais textos em “rodas de amigos” ou na rede mundial de computadores) são diferentes de se buscar institucionalizar aludidas informações (“dez mandamentos da telefonia”) como se verificou no caso vertente, com a realização de atos pelo empregador que incutiam no empregado, quando menos, a sensação de que o conteúdo da mensagem, acima descrito, era o correto e o esperado” (pág. 740).

Da exegese dos dispositivos de lei que regulam a matéria relativa à indenização decorrente de dano (artigo 186 e 927 do Código Civil), verifica-se a imprescindibilidade do nexos causal entre a conduta do suposto autor do dano e o dano alegado por aquele que o sofreu, ressaltando-se, ademais, a ilicitude do ato daquele que teria causado o dano, seja decorrente de culpa ou dolo.

Conforme claramente constatado pelo TRT, o reclamante foi submetido à pressão por parte empresa, ao fixar no moral, o “mandamento da telefonia”, como forma de manifestar o comportamento esperado dos seus empregados.

Para se concluir de maneira diversa da do Regional, seria necessário reexaminar o conjunto fático-probatório, procedimento este vedado nesta fase recursal de natureza extraordinária, nos termos da Súmula n° 126 desta Corte.



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

Dentro desse contexto, não há falar em violação do artigo 186 do Código Civil, na medida em que, nos termos delimitados no julgado, restou configurada a conduta ilícita reclamada, o dano sofrido pela reclamante, e o nexo causal entre os xingamentos e o constrangimento da autora.

Incólume, portanto, o art. 5º, inciso V, da Constituição da República.

Ademais, a invocação genérica de violação do artigo 5º, incisos II e LVII, da Constituição Federal de 1988, em regra e como ocorre neste caso, não é suficiente para autorizar o conhecimento deste recurso com base na previsão da alínea "c" do artigo 896 da CLT, na medida em que, para sua constatação, seria necessário concluir, previamente, ter havido ofensa a preceito infraconstitucional.

O único aresto indicado como paradigma não serve à caracterização da divergência jurisprudencial suscitada, porquanto é inespecífico, nos termos da Súmula n° 296, item I, desta Corte Superior.

Não conheço, pois, do recurso de revista neste particular.

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

CONHECIMENTO

O Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante para, reformando a sentença, determinar que os descontos fiscais observem o regime de competência, pelo critério mês a mês.

Eis os fundamentos do acórdão:

“O reclamante pleiteia a reforma da r. sentença para que o cálculo do imposto de renda seja realizado mês a mês. Também deseja que "os juros de



PROCESSO Nº TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

mora incidam sobre o total da condenação, ou seja, antes das deduções previdenciárias". Ainda, almeja a condenação das rés na indenização pelo recolhimento a maior do respectivo tributo.

Com razão em parte.

Os descontos fiscais são devidos mês a mês, conforme já decidiu o C. STJ:

TRIBUTÁRIO. FORMA DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE SOBRE OS RENDIMENTOS RECEBIDOS ACUMULADAMENTE EM VIRTUDE DE DECISÃO JUDICIAL. 1. Este Superior Tribunal de Justiça consolidou a jurisprudência no sentido de que, no cálculo do Imposto de Renda incidente sobre os rendimentos recebidos acumuladamente em virtude de decisão judicial, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos. 2. Recurso especial desprovido. (acórdão proferido no REsp 852333/RS Resp 2006/0132215-0, da lavra do Min. Conv. Carlos Fernando Mathias - DJ 04.04.2008).

Como já vem decidindo esta e. Turma, o cálculo do imposto de renda sob o regime de competência atende ao princípio da capacidade contributiva e da isonomia em matéria tributária, nos termos dos arts. 145, § 1º e 150, II da CRFB.

Ademais, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional já declarou que estão dispensadas de recurso as ações que visem a declaração de incidência das alíquotas das épocas próprias dos rendimentos recebidos acumuladamente, conforme Ato Declaratório PGFN 01, publ no D.O.U.: 14.05.2009, verbis:

DECLARA que fica autorizada a dispensa de interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, desde que inexistam outros fundamentos relevantes: "nas ações judiciais que visem obter a declaração de que, no cálculo do imposto de renda incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos, devendo o cálculo ser mensal e não global.

Além disso, insta esclarecer que o parâmetro acima adotado (mês a mês) não acarreta qualquer prejuízo ao obreiro, portanto não prospera o pleito da autora relativo à indenização correspondente.

Por outro lado, os juros de mora possuem, de fato, natureza jurídica de indenização, isto porque visam ressarcir os prejuízos financeiros com o pagamento a destempo das obrigações trabalhistas. Tal interpretação emana do art. 404 do Código Civil de 2002, segundo o qual os juros estão compreendidos nas perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro. Por conta disso, os juros de mora não configuram espécie de rendimento, senão que uma indenização pelo recebimento em atraso dos haveres de natureza trabalhista.

Também vale o registro de que o Item IX da Orientação Jurisprudencial n. 25 da Seção Especializada deste E. Regional disciplina que "as contribuições previdenciárias devem ser calculadas apenas sobre o



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

capital corrigido monetariamente, excluídos os juros e as multas fixados em acordo ou sentença, em virtude da natureza punitiva, e não salarial destes".

Isto posto, não se vislumbra a fixação de critério de cálculo desfavorável à autora, no particular.

Reforma-se parcialmente a r. sentença para determinar o desconto fiscal mês a mês apenas sobre as verbas salariais decorrentes de condenação." (págs. 744 e 745, grifou-se)

Nas razões de recurso de revista, a reclamada alega contrariedade à Súmula n° 368, item II, e à Orientação Jurisprudencial n° 363 da SBDI-1, ambas do Tribunal Superior do Trabalho. Além disso, indica violação dos arts. 5°, inciso II, e 114 da Constituição Federal e 46 da Lei n° 8.541/92 e 43 da Lei n° 8.620/93 e transcreve arestos para confronto de teses jurisprudenciais.

Razão não assiste à recorrente.

De fato, a Súmula n° 368, item II, do TST, que trata da matéria em debate, dispõe sobre o critério de apuração do imposto de renda, nos seguintes termos:

“É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo incidir, em relação aos descontos fiscais, sobre o valor total da condenação, referente às parcelas tributáveis, calculado ao final, nos termos da Lei n° 8.541, de 23.12.1992, art. 46 e Provimento da CGJT n° 01/1996. (ex-OJs n°s 32 e 228 da SBDI-1 - inseridas, respectivamente, em 14.03.1994 e 20.06.2001)”.

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

“Art. 44. A Lei n° 7.713, de 22 de dezembro de 1988, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 12-A:

“Art. 12-A. Os rendimentos do trabalho e os provenientes de aposentadoria, pensão, transferência para a reserva remunerada ou reforma, pagos pela Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando correspondentes a anos-calendários anteriores ao do recebimento, serão tributados exclusivamente na fonte, no mês do



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

recebimento ou crédito, em separado dos demais rendimentos recebidos no mês.

§ 1º O imposto será retido pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento ou pela instituição financeira depositária do crédito e calculado sobre o montante dos rendimentos pagos, mediante a utilização de tabela progressiva resultante da multiplicação da quantidade de meses a que se refiram os rendimentos pelos valores constantes da tabela progressiva mensal correspondente ao mês do recebimento ou crédito.

§ 9º A Secretaria da Receita Federal do Brasil disciplinará o disposto neste artigo.” (grifou-se).

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

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

Assim, em face do advento da legislação mencionada, o Tribunal Pleno desta Corte, em sessão realizada em 16/4/2012, alterou a redação do item II da Súmula n° 368 desta Corte, nos seguintes termos:

“É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo ser calculadas, em relação à incidência dos descontos fiscais, mês a mês, nos termos do art. 12-A da Lei n° 7.713, de 22/12/1988”.

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

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

16. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

I - CONHECIMENTO



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

A corte *a quo* reformou a sentença quanto aos honorários advocatícios para condenar a reclamada ao pagamento da verba honorária, no importe de 15% sobre o valor líquido apurado na execução de sentença, sob os seguintes fundamentos:

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O Juízo *a quo* rejeitou o pedido de honorários advocatícios, ante a ausência dos requisitos legais.

Compartilho do entendimento de que, para a concessão dos honorários advocatícios, necessário que o autor declare sua impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família e que se encontre assistido por sindicato de sua categoria profissional, nos termos da Súmula 219 do C. TST. Entretanto, a interpretação dada pela d. maioria da E. 2ª Turma acerca dos honorários advocatícios é no sentido de que, para o recebimento dessa verba, basta a presença da insuficiência econômica. Por oportuno, peço *venia* para transcrever voto proferido pela Exma. Desembargadora Ana Carolina Zaina analisando a questão dos honorários na Justiça do Trabalho, publicado em 25/06/2010:

"A sistemática legal da assistência judiciária gratuita foi modificada pela Lei n.º10.537/2002, que conferiu nova redação ao artigo 789 da CLT, dispositivo que, em conjunto com a Lei n.º1060/50, passou a reger a Assistência Judiciária Gratuita no Processo do Trabalho.

Primeiramente, a Lei n.º10.288/2001 introduziu o §10 no artigo 789 da CLT, passando a regular integralmente a assistência judiciária. Portanto, esse dispositivo derogou o artigo 14, caput e § 1º da Lei n.º5.584/70.

Entretanto, um ano após, foi editada a Lei n.º10.537/2002, que determinou nova redação ao mesmo artigo 789 da CLT, nada mencionando sobre o aludido § 10, que, dessa forma, foi revogado tacitamente pela lei nova.

A nova ordem legal, interpretada sistematicamente, leva à conclusão de que restou suprimida a assistência judiciária como monopólio da entidade sindical profissional, de forma a tornar possível o pagamento de honorários advocatícios ao beneficiário da justiça gratuita.

Para a concessão da Assistência Judiciária Gratuita - que abrange as espécies "justiça gratuita" e "honorários advocatícios ou assistenciais" -, basta que o trabalhador ou quem o represente declare dificuldade econômica para demandar - consoante autorizado pela Lei 7.510/86, que alterou a Lei 1.060/50.

Observe-se que, ante o disposto na Lei 1060/50, a possibilidade de assistência sindical não exclui a possibilidade de assistência particular, sob pena de transgressão ao artigo 5º, LXXIV, da Magna Carta.



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

Ademais, a alteração conferida pela Lei 10537/20 - materializada no § 3º do artigo 790 da CLT - prevê a concessão dos benefícios da Assistência Judiciária Gratuita à parte que tão-somente declarar estado de insuficiência econômica.

Esse entendimento revela-se consentâneo com a orientação da Súmula 219 do C. TST, que preconiza duas condicionantes para assegurar a verba honorária, bastando a presença de uma delas à percepção do benefício (insuficiência econômica).

Ainda quanto à declaração de hipossuficiência, a Lei 7.115/83 banuiu do ordenamento jurídico pátrio o chamado atestado de pobreza, substituindo-o por mera declaração lançada no bojo de peça processual ou em apartado, de próprio punho, pelo interessado ou por procurador, bastando, para este último, os poderes contidos na cláusula ad judicium" (TRT-PR-04529-2008-021-09-00-0(RO-21322-2009)-ACO-20259-2010).

Na hipótese dos autos, o reclamante não se encontra assistido por seu sindicato profissional. Contudo, declarou não possuir condições de arcar com as custas e despesas processuais (fl. 26).

Dá-se provimento para condenar as rés ao pagamento de honorários de advogado, no importe de 15% sobre o valor líquido da condenação (OJ 348 da SDI-1/TST)." (págs. 745-747)

A reclamada, em suas razões de revista, pede a exclusão da condenação ao pagamento dos honorários advocatícios. Sustenta que o reclamante não comprovou preencher os requisitos para a concessão do benefício. Aponta contrariedade às Súmulas n^{os} 219 e 329 do TST.

Com razão a parte.

Observa-se que no acórdão recorrido a condenação "ao pagamento de honorários de advogado, no importe de 15% sobre o valor líquido da condenação" (pág. 747) foi amparada unicamente na comprovação da insuficiência econômica do reclamante, sob o fundamento de que "o reclamante não se encontra assistido por seu sindicato profissional. Contudo, declarou não possuir condições de arcar com as custas e despesas processuais" (pág. 747).

Segundo o entendimento consagrado na Súmula n° 219 desta Corte, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, na Justiça do Trabalho, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato de sua categoria profissional e comprovar que se encontra em situação econômica que não lhe permita arcar com o pagamento das despesas e custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.



PROCESSO N° TST-RR-147400-10.2009.5.09.0072

Nesse contexto, registrado expressamente no acórdão recorrido que “o reclamante não se encontra assistido por seu sindicato profissional” (pág. 747), a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, com fundamento apenas na declaração de hipossuficiência econômica do reclamante, contraria o entendimento sedimentado na Súmula n° 219 desta Corte.

Conheço, pois, do recurso de revista por contrariedade à Súmula n° 219 desta Corte.

II - MÉRITO

Ante ao conhecimento do recurso de revista por contrariedade à Súmula n° 219 do TST, a consequência lógica é o seu provimento para excluir da condenação o pagamento de honorários advocatícios.

Dou provimento ao recurso de revista da reclamada para excluir da condenação o pagamento de honorários advocatícios.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista quanto ao tema “Intervalo Previsto no Artigo 384 da CLT para as Empregadas Mulheres” por violação do art. 384 da CLT e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento do intervalo previsto no art. 384 da CLT; conhecer do recurso de revista quanto ao tema "Honorários Advocatícios", por contrariedade à Súmula n° 219 do TST, e, no mérito, dar-lhe provimento, para excluir da condenação o pagamento de honorários advocatícios; e não conhecer do recurso quanto aos demais temas.

Brasília, 17 de setembro de 2014.

Firmado por assinatura digital (Lei n° 11.419/2006)

JOSE ROBERTO FREIRE PIMENTA

Ministro Relator