



ACÓRDÃO
0017200-62.2007.5.04.0026 AP

Fl. 1

DESEMBARGADOR JOÃO PEDRO SILVESTRIN
Órgão Julgador: Seção Especializada em Execução

Agravante: JAUSINO DOS SANTOS BARACI - Adv. Afonso Celso
Bandeira Martha
Agravante: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO ESPECIAL DO RIO
GRANDE DO SUL - FPE - Adv. Procuradoria-Geral do
Estado
Agravado: OS MESMOS
Origem: 26ª Vara do Trabalho de Porto Alegre
Prolator da
Decisão: Juíza Carla Sanvicente Vieira

E M E N T A

ATUALIZAÇÃO DO FGTS. Determinado o recolhimento do FGTS na conta vinculada de titularidade do reclamante no título executivo, impõe-se utilizar o critério de correção e juros específicos do FGTS.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da Seção Especializada em Execução do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, negar provimento ao agravo de petição do exequente. Por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo de petição da executada para afastar a determinação sentencial de atualização do FGTS pelo FADCT.

Intime-se.



ACÓRDÃO
0017200-62.2007.5.04.0026 AP

Fl. 2

Porto Alegre, 22 de maio de 2012 (terça-feira).

RELATÓRIO

Ambas as partes recorrem da decisão de fls. 274/275 dos autos.

O exequente discute a aplicação do percentual de penosidade de 40% na conta liquidanda a contar de janeiro/2010.

A executada manifesta inconformidade com a inclusão das horas extras referentes ao mês de abril/2006 para apuração da média das horas extras, quanto ao percentual do adicional por tempo de serviço, quanto à forma de aplicação da súmula 21 desse Regional e quanto ao critério de atualização do FGTS.

As partes apresentam contrarrazões.

O Ministério Público do Trabalho se manifesta às fls. 302/303 pelo desprovimento de ambos os recursos.

Subindo os autos ao Regional, são distribuídos na forma regimental.

É o relatório.

VOTO

DESEMBARGADOR JOÃO PEDRO SILVESTRIN (RELATOR):

CONHECIMENTO.

Os agravos de petição são tempestivos (fls. 276, 277, 279 e 281) e a representação dos agravantes é regular (fls. 05 e OJ 52 da SDI-I do TST).



ACÓRDÃO
0017200-62.2007.5.04.0026 AP

Fl. 3

Estando preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço dos agravos.

AGRAVO DE PETIÇÃO DO EXEQUENTE.

PERCENTUAL DO ADICIONAL DE PENOSIDADE.

Sustenta, o exequente, que o adicional de penosidade deve ser majorado, de 30% para 40%, decorrência das pactuações coletivas das fls. 220/221, o que não foi observado no cálculo de liquidação. A decisão sobre a impugnação respectiva, constante no verso das fls. 274 dos autos, aponta que cabia ao exequente comprovar a adesão ao referido acordo coletivo para obter majoração do percentual de 30% para 40%, não se podendo exigir, da executada, prova de fato negativo. Em agravo, o exequente rebate tal argumento, afirmando que aderiu ao acordo coletivo e que a comprovação documental se encontra na posse da executada, junto ao seu prontuário no Setor de Recursos Humanos da empresa, e que cabia a essa providenciar na juntada. Daí não se tratar de prova negativa.

Entretanto, essa última afirmativa é inovatória à lide, tendo em vista que na petição de impugnação à sentença de liquidação, fls. 262/263, consta somente uma frase a respeito dessa matéria, nos seguintes termos: *"Ainda quanto ao adicional de penosidade, a executada confirma a insurgência (instrumento de fls. 220/221), porém declina que o exequente não comprovou ter firmado adesão."*

Entendo, aqui, que o reclamante, pretendendo sustentar que aderiu ao acordo coletivo que lhe garantiria direito ao percentual maior do adicional de periculosidade, deveria incumbir-se de solicitar a prova correspondente. Tratando-se de documento que estaria em posse da executada, poderia



ACÓRDÃO
0017200-62.2007.5.04.0026 AP

Fl. 4

solicitar ao Juízo da execução que a intimasse para juntada, sob pena de considerar-se verdadeira a afirmativa de adesão. A mera alegação, sem que a parte tenha minimamente se movimentado no sentido de providenciar na sua comprovação fática, não é suficiente a garantir-lhe credibilidade.

Correta, pois, a sentença, quando lhe negou o pedido epígrafado. Agravo desprovido.

AGRAVO DE PETIÇÃO DA EXECUTADA.

MÉDIA DE HORAS EXTRAS.

Pretende, a executada, que no cálculo da média de horas extras devidas, sejam considerados os meses de maio/2005 a março/2006, excluindo-se o mês de abril/2006, mês da rescisão, quando foram satisfeitas horas extras também, de resto, como o comprova o documento rescisório de fls. 41.

Entretanto, as horas extras pagas por ocasião da rescisão foram, efetivamente, prestadas durante a contratualidade e, portanto, devem ser consideradas para fins de média de horas extras e seu cálculo. Entendo correto o posicionamento da Juíza da execução que, no julgamento ao item 1. da fl. 274, acolhendo a impugnação à sentença de liquidação do exequente, determina a correção do cálculo de modo que a média de horas extras do período de afastamento leve em conta as horas extras pagas na despedida.

Pelo desprovimento.

DIFERENÇAS DE ATS.

Sustenta, a executada, que não há condenação ao acréscimo do percentual de 5% em ATS, a justificar a decisão de fls. 274/275 e sua determinação de



ACÓRDÃO
0017200-62.2007.5.04.0026 AP

Fl. 5

que o ATS seja majorado em 5% a partir de janeiro/2010.

Correta a decisão guerreada ao concluir que, determinada a reintegração do empregado, porque nula a despedida, e garantidos todos os direitos do período de afastamento, inclusive o adicional por tempo de serviço (fls. 54, *in fine* e 55, topo), por óbvio esse período de afastamento deve ser considerado como tempo de serviço para todos os fins e, conseqüentemente, haverá contagem de tempo de serviço para fins de cálculo do adicional respectivo.

Efetivamente, o cálculo de fls. 238/240, devidamente homologado, demonstra que, em janeiro/2010 (fls. 238), a executada não considerou qualquer percentual de aumento de salário, já observado que em 2010 o empregado teria direito a mais um quinquênio de adicional por tempo de serviço (5% a cada cinco anos desde 04/01/1980).

Agravo desprovido.

SÚMULA 21 DO TST.

Sustenta, a executada, que o fator de atualização que deverá ser utilizado para fins de conversão das parcelas devidas deve ser aquele referente ao dia imediatamente posterior ao do vencimento da obrigação (terceiro dia útil), e não ao segundo dia útil, como deferido na decisão.

Por aplicação da súmula 21 do TST, a atualização se dá a partir do dia imediatamente posterior à data do vencimento, que é o segundo dia útil do mês posterior à prestação do serviço.

A pretensão da executada, assim, fere o entendimento jurisprudencial prevalente sobre a matéria dizente com atualização do débito. Nego



ACÓRDÃO
0017200-62.2007.5.04.0026 AP

Fl. 6

provimento ao agravo, no particular.

ATUALIZAÇÃO DO FGTS.

Ao contrário do que reconheceu a decisão agravada, a sentença exequenda, embora não tenha definido o critério de correção do FGTS, determinou o *"recolhimento, à conta vinculada do reclamante, do FGTS incidente sobre as parcelas remuneratórias deferidas na presente ação, comprovando-o nos autos"*.

Dessa forma, tendo sido determinado o recolhimento do FGTS na conta vinculada de titularidade do reclamante, afasto a determinação de refazimento da conta de liquidação homologada, mediante a utilização dos índices dos débitos trabalhistas para a correção do FGTS.

Portanto, correta a conta homologada pois utilizado na atualização dos valores referentes ao FGTS os índices aplicados pelo Operador do Fundo.

Dou provimento ao agravo de petição.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR JOÃO PEDRO SILVESTRIN (RELATOR)
DESEMBARGADOR LUIZ ALBERTO DE VARGAS (REVISOR)
DESEMBARGADOR JOÃO GHISLENI FILHO
DESEMBARGADOR JOÃO ALFREDO BORGES ANTUNES DE
MIRANDA
DESEMBARGADORA BEATRIZ RENCK
DESEMBARGADORA VANIA MATTOS



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO
0017200-62.2007.5.04.0026 AP

Fl. 7

JUIZ CONVOCADO WILSON CARVALHO DIAS
JUÍZA CONVOCADA LUCIA EHRENBRINK
JUIZ CONVOCADO GEORGE ACHUTTI