



ACÓRDÃO
0000164-68.2010.5.04.0004 AP

Fl. 1

**DESEMBARGADOR JOÃO ALFREDO BORGES ANTUNES DE
MIRANDA**

Órgão Julgador: Seção Especializada em Execução

Agravante: PAULO RICARDO PEREIRA RODRIGUES - Adv.
Denivalda Roldão Wagner, Adv. Geraldo Borges
Azevedo

Agravante: GAFOR S.A. - Adv. Maria Helena Villela Autuori
Agravado: OS MESMOS

Origem: 4ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

**Prolator da
Decisão:**

José Cesário Figueiredo Teixeira

E M E N T A

AGRAVO DE PETIÇÃO. SÚMULA Nº 340 DO TST. A definição da base de cálculo das horas extras para o empregado comissionista é prerrogativa do julgador de origem, que define os critérios segundo o seu entendimento jurídico, porque deve examinar todas as questões que lhe são apresentadas, na sua amplitude. No caso, não houve a referida definição na decisão proferida, não se podendo, na fase de liquidação aplicar tal critério, sob pena de afronta à coisa julgada. Agravo de petição do exequente a que se dá provimento no item.

ACÓRDÃO

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,



ACÓRDÃO

0000164-68.2010.5.04.0004 AP

Fl. 2

negar provimento ao agravo de petição da executada. Por unanimidade, dar provimento parcial ao agravo de petição do exequente para cassar a decisão que determinou fossem mantidos os cálculos de liquidação confeccionados em observância ao entendimento constante da Súmula nº 340 do TST.

Intime-se.

Porto Alegre, 23 de outubro de 2012 (terça-feira).

RELATÓRIO

Inconformadas com a decisão das fls. 1583/1586, proferida pelo Juiz José Cesário Figueiredo Teixeira, que julgou improcedentes os embargos à execução e a impugnação à sentença de liquidação, agravam de petição as partes.

Busca a executada a reforma da decisão nos seguintes aspectos: comissões na base de cálculo das horas extras ou alternativamente a aplicação da Súmula nº 340 do TST; incidência do adicional de periculosidade em horas extras e em horas interjornadas.

Por sua vez, requer o exequente a reforma da decisão quanto aos seguintes itens: aplicação do entendimento constante da Súmula nº 340 do TST; quantificação de horas extras; horas extras 100% - feriados e juros de mora.

Foram apresentadas contraminutas, sendo que o reclamante apresentou novos cálculos (fls. 1610/1624).

Processo não sujeito ao parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.



ACÓRDÃO
0000164-68.2010.5.04.0004 AP

Fl. 3

V O T O

DESEMBARGADOR JOÃO ALFREDO BORGES ANTUNES DE MIRANDA (RELATOR):

AGRAVO DE PETIÇÃO DA EXECUTADA.

1. COMISSÕES NA BASE DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS.

Não se conforma a executada com a determinação da integração das comissões na base de cálculo das horas extras, ao argumento de que o acórdão (fls. 1156/1164) não determina que as comissões sejam integradas na base de cálculo das horas extras. Por cautela, mantida a integração das comissões na base de cálculo das horas extras, requer seja observado o entendimento constante da Súmula nº 340 do TST.

O julgador de origem referiu que diante da ausência de pronunciamento expresso no título executivo, tal definição ficou postergada para a fase de liquidação, não podendo se cogitar de violação à coisa julgada. Mencionou que, sendo incontroversa a percepção de salário misto por parte do exequente, entendeu por correta a adoção do entendimento esposado na Súmula nº 264 do TST, quanto à parte fixa do salário.

A sentença de origem indeferiu o pedido de pagamento de horas extras. Em segundo grau, a decisão foi reformada no aspecto, tendo a executada sido condenada ao pagamento de horas extras, excedentes à 8ª hora diária e 44ª hora semanal, considerando-se a jornada arbitrada (das 6h às 22h, com 1 hora e 30 minutos de intervalo, por dia e 4 folgas mensais). Não foi definida a base de cálculo das horas extras (fls. 1159v/1164v).



ACÓRDÃO
0000164-68.2010.5.04.0004 AP

Fl. 4

O título executivo condenou a executada ao pagamento de horas extras, não restringindo, em nenhum momento, a sua base de cálculo. Se assim o quisesse, o teria feito expressamente.

Nos termos da Súmula nº 264 do TST, a remuneração do serviço suplementar é composta do valor da hora normal, integrado por parcelas de natureza salarial e acrescido do adicional previsto em lei, contrato, acordo, convenção coletiva ou sentença normativa. As comissões percebidas pelo exequente possuem inequívoca natureza salarial, devendo compor, portanto, a base de cálculo das horas extras.

Ressalte-se que a Turma, ao examinar a matéria referente às comissões, consignou no acórdão que *As integrações das comissões pagas e impagas em outras verbas calculadas com base na remuneração é mera decorrência legal* (fl. 1159).

Assim, não havendo disposição em sentido contrário no título executivo, a base de cálculo das horas extras é composta pelo valor da hora normal, acrescido das parcelas de natureza salarial, conforme preceitua a Súmula nº 264 do TST.

Assim sendo, o valor das comissões integra a base de cálculo das horas extras.

Com relação ao pedido de aplicação do entendimento constante da Súmula nº 340 do TST, o mesmo é carente de objeto, porquanto os cálculos de liquidação observaram tal aspecto, conforme referido pelo julgador de origem (fl. 1585), o que inclusive é objeto de agravo de petição do exequente.

Dessa forma, nega-se provimento ao agravo de petição da reclamada.



ACÓRDÃO
0000164-68.2010.5.04.0004 AP

Fl. 5

2. INCIDÊNCIA DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE EM HORAS EXTRAS.

Requer a executada a retificação do cálculo de liquidação, que determinou a incidência do adicional de periculosidade em horas extras, ao argumento de que o acórdão das fls. 1156/1164v não defere os reflexos de adicional de periculosidade em horas extras. Argumenta que a referida forma de cálculo "capitalizada", incidindo um adicional sobre o outro, tal qual apresentada pelo Sr. Perito, subentenderia que as horas extras, por serem também perigosas, teriam mais valor do que se não o fossem. Diz que há a ofensa à coisa julgada, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVI, da CF.

O julgador de origem referiu que, sendo incontroversa a percepção de salário misto por parte do exequente, entendia por correta a adoção do entendimento esposado na Súmula nº 264 do TST, quanto à parte fixa do salário. Acrescentou que tal procedimento não implica a incidência de adicional sobre adicional, diversamente do sustentado pela executada, tampouco importa duplicidade no pagamento dos repousos semanais remunerados, uma vez que não se está incluindo o adicional de periculosidade na base de cálculo destes.

Como já referido, a sentença trãnsita em julgado não delimitou as parcelas integrantes da base de cálculo das horas extras e, silenciando o título exequendo, tal leva a concluir que o entendimento do juízo de conhecimento é aquele normalmente adotado nesta Justiça Especializada, ou seja, entendimento consubstanciado na Súmula nº 264 do TST, com o seguinte teor:

HORA SUPLEMENTAR. CÁLCULO. A remuneração do serviço suplementar é composta do valor da hora normal, integrado por



ACÓRDÃO
0000164-68.2010.5.04.0004 AP

Fl. 6

parcelas de natureza salarial e acrescido do adicional previsto em lei, contrato, acordo, convenção coletiva ou sentença normativa.

Assim, não havendo disposição em sentido contrário no título executivo, a base de cálculo das horas extras é composta pelo valor da hora normal, acrescido das parcelas de natureza salarial, conforme preceitua a Súmula nº 264 do TST, descabendo cogitar na incidência de adicional sobre adicional.

Assim sendo, o valor do adicional de periculosidade integra a base de cálculo das horas extras, não cabendo falar em afronta ao artigo 5º, inciso XXXVI, da CF.

Note-se que a decisão vai ao encontro do entendimento constante da Súmula nº 132, item I, do TST (*O adicional de periculosidade, pago em caráter permanente, integra o cálculo de indenização e de horas extras.*)

Nega-se provimento ao agravo de petição da executada no item.

3. INCIDÊNCIA DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE EM HORAS INTERJORNADAS.

Pretende a executada a reforma da decisão que determinou a integração do adicional de periculosidade em horas interjornadas. Argumenta que o intervalo interjornada almeja reduzir os riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Refere que a supressão de tal intervalo deve ser reparada. Contudo, tal indenização pelo não descanso não pode ser remunerada com adicional de periculosidade, pois ao descansar o trabalhador não estaria exposto a risco de vida. Ressalta que mantida a forma de cálculo, estaria sendo calculado adicional sobre o



ACÓRDÃO
0000164-68.2010.5.04.0004 AP

FI. 7

adicional. Invoca os termos do artigo 7º, inciso XXVI, da CF.

Como já referido exhaustivamente, o título executivo não definiu a base de cálculo das horas extras, inclusive quanto àquelas trabalhadas em prejuízo do intervalo de 11 horas entre as jornadas de trabalho.

Por isso, além de se observar o entendimento constante da Súmula nº 264 do TST, deve ser observado o entendimento constante da Orientação Jurisprudencial nº 355 da SBDI-1 do TST, que estabelece que *O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula nº 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.*

Por sua vez, o artigo 71, parágrafo 4º, da CLT dispõe que: *Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.*

Dessa forma, assim como as horas suprimidas do intervalo do artigo 71 da CLT, as horas suprimidas do intervalo previsto no artigo 66 da CLT devem ser pagas considerando o valor da remuneração da hora normal de trabalho, incluindo-se aí o adicional de periculosidade.

Note-se que não se pode fazer interpretação diversa e em prejuízo do empregado.

Por tais fundamentos e não cabendo falar em afronta ao artigo 7º, inciso XXVI, da CF, nega-se provimento ao agravo de petição da executada no



ACÓRDÃO
0000164-68.2010.5.04.0004 AP

Fl. 8

item.

AGRAVO DE PETIÇÃO DO EXEQUENTE.

1. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSTANTE DA SÚMULA Nº 340 DO TST.

Não se conforma o exequente com os cálculos de liquidação que aplicou o entendimento constante da Súmula nº 340 do TST no que se refere ao cálculo das comissões nas horas extras. Diz que uma vez reconhecido que as comissões importavam em um valor fixo equivalente a 75% do salário base e tendo habitualidade, tal verba possui natureza salarial, devendo ser respeitado o entendimento constante da Súmula nº 264 do TST e compor a base de cálculo das horas extras, pelo valor hora acrescido do adicional de hora extra.

O julgador de origem referiu que em relação às comissões incide o posicionamento contido na Súmula nº 340, também do TST, sendo devido tão-somente o adicional, tal como procedido pelo Contador *ad hoc*.

Conforme já referido quando do julgamento do agravo de petição da executada, o título executivo nada referiu acerca da base de cálculo das horas extras, tampouco quanto à aplicação do entendimento constante da Súmula nº 340 do TST.

Todavia, respeitado o entendimento do julgador de origem, entende-se que a definição da base de cálculo das horas extras para o empregado comissionista é prerrogativa do julgador de origem ao proferir a sentença (título executivo), que define os critérios segundo o seu entendimento jurídico, já que deve examinar todas as questões que lhe são apresentadas, na sua amplitude, não ultrapassando os limites da *contestatio* se na defesa



ACÓRDÃO
0000164-68.2010.5.04.0004 AP

Fl. 9

a executada expressamente não requereu a aplicação do entendimento jurisprudencial constante na Súmula nº 340 do TST ou na Orientação Jurisprudencial nº 397 da SBDI-1 do TST.

Com efeito, se o julgador de origem silenciou sobre a questão, como no caso, não pode a executada, em execução, postular a aplicação do referido verbete, sem tê-la suscitado expressamente na defesa (fls. 150/171).

Assim, dá-se provimento ao agravo de petição da exequente para cassar a decisão que determinou fossem mantidos os cálculos de liquidação confeccionados em observância ao entendimento constante da Súmula nº 340 do TST.

2. QUANTIFICAÇÃO DE HORAS EXTRAS.

Não se conforma o exequente com a quantidade das horas extras apuradas, pois o perito não considerou a jornada semanal, sendo que o acórdão (fl. 1164) determinou que fossem apuradas as excedentes de 08 horas, de segunda a sexta e 04 horas aos sábados.

O julgador de origem referiu, em síntese, que corretos os cálculos em relação às horas extras prestadas aos sábados, na medida em que observada com exatidão a jornada de trabalho arbitrada no título executivo. Do mesmo modo, afirmou que, conforme exemplificado pelo Contador *ad hoc*, a apuração das horas excedentes à 44 semanal se mostra mais benéfica ao exequente, devendo os cálculos ser mantidos no tópico.

A jornada de trabalho arbitrada foi das 6h às 22h, com 1 hora e 30 minutos de intervalo, por dia e 4 folgas mensais. Foram deferidas horas extras, excedentes à 8ª hora diária e 44ª hora semanal.

Como referido pelo julgador de origem, o perito informou ter adotado o



ACÓRDÃO

0000164-68.2010.5.04.0004 AP

Fl. 10

critério mais vantajoso ao exequente, ao considerar as horas extras excedentes ao limite de 44 mensais, porquanto lhe conferem um quantitativo maior do que as excedentes à 8ª diária (fl. 1456).

Tal critério vai ao encontro do fixado no título executivo, que condenou a executada ao pagamento de horas extras excedentes a 8ª hora diária e 44ª hora semanal.

Por tais fundamentos, nega-se provimento ao agravo de petição do exequente no item.

3. HORAS EXTRAS 100% - FERIADOS.

Afirma o exequente que, tendo em vista que a jornada arbitrada foi das 06h às 22h, com 01 hora e 30 minutos de intervalo, por dia, e 4 folgas mensais, os feriados devem ser considerados como laborados, pois conforme arbitrado foram gozadas apenas 4 folgas mensais, logo houve trabalho em todos os demais dias do mês, devendo ser considerada como hora extra 100% a jornada de trabalho laborada no dia de feriado.

O julgador de origem referiu que o título executivo expressamente condenou a executada ao pagamento de apenas um repouso semanal por mês, admitindo a concessão de quatro folgas mensais (fl.1164). Logo, a interpretação do comando sentencial não pode ser ampliativa, devendo ficar adstrita aos termos fixados. Por fim, referiu que, elaborada a conta de liquidação nos moldes definidos no título executivo, nada há a retificar no tocante.

Assim, como referido pelo julgador de origem, a interpretação sentencial não pode ser ampliativa. Não se pode a partir da jornada arbitrada concluir que houve trabalho nos dias de feriados e que os mesmos devem ser



ACÓRDÃO
0000164-68.2010.5.04.0004 AP

Fl. 11

pagos com adicional de 100%, sob pena de afronta ao título executivo.

Dessa maneira, nega-se provimento ao agravo de petição no item,

4. JUROS DE MORA.

Não se conforma o exequente com a decisão que determinou a exclusão das contribuições previdenciárias da base de cálculo dos juros de mora.

Aplica-se ao caso a Súmula nº 52 deste Tribunal, segundo a qual os juros de mora incidem sobre o valor da condenação, corrigido monetariamente, após a dedução da contribuição previdenciária a cargo do exequente.

Nega-se provimento ao agravo de petição do agravante/reclamante no item.

DEMAIS MAGISTRADOS:

Acompanham o voto do Relator.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

**DESEMBARGADOR JOÃO ALFREDO BORGES ANTUNES DE
MIRANDA (RELATOR)**

DESEMBARGADORA BEATRIZ RENCK (REVISORA)

DESEMBARGADOR JOÃO GHISLENI FILHO

DESEMBARGADORA MARIA DA GRAÇA RIBEIRO CENTENO

DESEMBARGADOR WILSON CARVALHO DIAS

DESEMBARGADORA LUCIA EHRENBRINK