



ACÓRDÃO
0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 1

**DESEMBARGADOR RICARDO HOFMEISTER DE ALMEIDA MARTINS
COSTA**

Órgão Julgador: 11ª Turma

Recorrente: WALDIR LAMERS - Adv. Flávia Viegas Damé
Recorrente: COMPANHIA ESTADUAL DE SILOS E ARMAZÉNS -
CESA - Adv. Marco Fridolin Sommer dos Santos
Recorrido: OS MESMOS

Origem: 12ª Vara do Trabalho de Porto Alegre
**Prolator da
Sentença:** JUIZ MARCOS FAGUNDES SALOMAO

E M E N T A

SERVIDOR CONTRATADO NÃO CONCURSADO. MOTIVAÇÃO AO ATO ADMINISTRATIVO DEMISSIONÁRIO. A despedida de empregados de sociedade de economia mista não concursados independe de ato motivado para sua validade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 11ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 04ª Região: por maioria de votos, vencida em parte a Exma. Desª Maria Helena Lisot (reintegração ao emprego), negar provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante. Por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada, para: a) facultar ao autor a opção, em liquidação de sentença, entre o adicional de periculosidade e o adicional de



ACÓRDÃO

0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 2

insalubridade em grau máximo constatados pela perícia; b) determinar que o adicional de insalubridade seja calculado com base no salário-mínimo; c) determinar a aplicação do critério contido na OJ 415 da SDI-1 do TST no cálculo das horas extras devidas; d) afastar o comando que determina a observância do artigo 475-J do CPC, remetendo à matéria à fase de cumprimento da sentença. Valor da condenação inalterado.

Intime-se.

Porto Alegre, 09 de julho de 2015 (quinta-feira).

RELATÓRIO

Inconformadas com a sentença de parcial procedência (fls. 934-942), as partes interpõem recurso ordinário.

O reclamante requer que seja declarada nulo o ato de sua despedida e que seja determinada a sua reintegração no emprego (fls. 950-956).

A reclamada busca a reforma da decisão relativamente às seguintes matérias: prescrição total do direito de ação, aviso-prévio, diferenças salariais, licença prêmio, integração de promoções, vale-refeição, décimo quarto salário, férias, adicional de insalubridade e periculosidade, jornada de trabalho, reflexos pelo aumento da média remuneratória, honorários advocatícios e multa do art. 475-J do CPC (fls. 978-984).

Com contrarrazões das partes (fls. 990-994 e 996-1001), vieram os autos ao Tribunal para julgamento.

É o relatório.



ACÓRDÃO
0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 3

V O T O

**DESEMBARGADOR RICARDO HOFMEISTER DE ALMEIDA MARTINS
COSTA (RELATOR):**

RECURSO DO RECLAMANTE.

NULIDADE DA DESPEDIDA.

A sentença, aplicando o entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 247 da SDI-I do TST e na Súmula 390, II, do TST, entendeu que o ato de despedida do reclamante independe de motivação para a sua validade.

O reclamante não se conforma com a decisão. Sustenta, em síntese, que a dispensa de empregado público exige o cumprimento do dever constitucional de motivação. Busca a declaração de nulidade da despedida e a determinação de reintegração ao emprego.

Não prospera o apelo.

Com a devida vênia ao entendimento da sentença, tenho que a reclamada, na condição de sociedade de economia mista integrante da Administração Pública indireta, tem o dever de motivar o ato administrativo de dispensa dos seus empregados admitidos mediante prévia aprovação em concurso público, sob pena de nulidade do ato.

A motivação que se exige para validar o ato administrativo de dispensa deste empregado guarda relação direta com a forma de admissão, vinculada à aprovação em concurso público, assegurando o resguardo ao princípio da impessoalidade.

Nesse sentido, aliás, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, no



ACÓRDÃO
0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 4

precedente RR 756-21.2010.5.04.0002, de relatoria do Min. Cláudio M. Brandão, da 7ª turma, julgado em 12.02.2014.

Entretanto, o reclamante não prestou concurso público. Foi admitido em março de 1975, mediante contrato por experiência (fls. 122-123). A despedida do reclamante, portanto, prescindia de motivação, não havendo falar em nulidade do ato administrativo que ensejou a ruptura do contrato.

Sinalo que o "concurso" a que o autor refere ter prestado em seu depoimento pessoal ("*que trabalhou em Caxias do Sul de meados de 1981 a 11/10/2011; que o depoente fez concurso para técnico em contabilidade*", fl. 875), trata-se de **concurso interno** de promoção, conforme se infere do documento de fl.186.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença, ainda que por fundamento diverso.

RECURSO DA RECLAMADA.

PRESCRIÇÃO TOTAL DO DIREITO. FGTS.

A reclamada se insurge contra a decisão que pronunciou a prescrição trintenária dos créditos relativos ao FGTS. Postula a aplicação da prescrição total ou, sucessivamente, da parcial, ao argumento de que a pretensão do reclamante é de diferenças de FGTS.

Sem razão.

A prescrição referente a valores de FGTS não recolhidos na vigência do contrato de trabalho é trintenária. Contudo, no caso de pedido de diferenças decorrentes da incidência do fundo sobre as demais verbas objeto da demanda, o FGTS segue o principal, devendo observar a prescrição



ACÓRDÃO
0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 5

incidente sobre as parcelas principais, que é quinquenal. Nesse sentido é o entendimento vertido na na Súmula 206 do TST.

O reclamante, na petição inicial, requereu o pagamento de diferenças de FGTS ao argumento de que " (...) *os valores relativos ao FGTS não foram integralmente recolhidos, devendo a reclamada comprovar os depósitos feitos e pagar as quantias não recolhidas*" (fl. 04).

As diferenças postuladas, portanto, decorrem do não recolhimento do FGTS sobre as parcelas salariais adimplidas na vigência do contrato, e não de parcelas não alcançadas ao trabalhador, não se tratando, neste caso, de parcela acessória do principal. Aplicável à hipótese a prescrição trintenária, conforme entendimento vertido na Súmula 362 do TST.

Inaplicável, ao caso, o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, proferido no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 709212, de repercussão geral, que modificou de trinta anos para cinco anos o prazo prescricional aplicável à cobrança de valores não depositados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), na medida em que o ajuizamento da demanda, ocorrido em 28.02.2012, é anterior à data fixada pelo STF, em modulação dos efeitos da decisão, como limite temporal à aplicação do prazo prescricional trintenário, qual seja, a data de publicação da decisão (19.02.2015). A seguir, transcrevo a ementa da decisão do STF:

"Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da Lei 8.036/1990 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo



ACÓRDÃO
0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 6

Decreto 99.684/1990. Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da Lei 9.868/1999. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex nunc. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(ARE 709212, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015)"

Provimento negado.

AVISO-PRÉVIO. DIFERENÇAS SALARIAIS. LICENÇA PRÊMIO. INTEGRAÇÃO DE PROMOÇÕES. VALE-REFEIÇÃO. DÉCIMO QUARTO SALÁRIO. FÉRIAS.

A reclamada impugna o laudo pericial contábil e sustenta que o reclamante não faz jus a qualquer diferença. Alega que inexistente crédito de horas extras, sendo equivocados os reflexos decorrentes. Com relação às diferenças de aviso-prévio, sustenta que o reclamante não foi beneficiado pela aplicação da Lei nº 12.506/2011. No tocante à licença-prêmio, alega que o reclamante ou gozou do período ou recebeu em pecúnia o valor do benefício. Quanto às férias, afirma que estas foram devidamente recebidas pelo reclamante.

Examino.

Relativamente às diferenças de aviso-prévio, a sentença entendeu aplicável ao contrato de trabalho do reclamante a Lei nº 12.506/2011, por entender que a referida lei foi publicada antes do término do aviso-prévio indenizado.

Segundo entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, consolidado na



ACÓRDÃO
0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 7

Súmula nº 441, o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de contrato de trabalho ocorridas **a partir da publicação da Lei nº 12.506, em 13 de outubro de 2011.**

O período de aviso-prévio indenizado integra o tempo de serviço do empregado para todos os efeitos legais, inclusive para fins da anotação da data de demissão na CTPS, nos termos do art. 487, § 1º, da CLT e da OJ nº 82 da SDI-I do TST. Assim, considerada a projeção do aviso-prévio indenizado concedido ao autor em **11.10.2011**, a publicação da Lei nº 12.506/2011 é anterior à rescisão do contrato de trabalho (perfectibilizada em **11.11.2011**) sendo-lhe, portanto, aplicável a proporcionalidade prevista na aludida legislação.

Assim, devido o pagamento de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, nos termos da Lei 12.506/11, tal como deferido na origem.

No tocante às diferenças de licença-prêmio, consoante apurado, por amostragem, pela perícia contábil, o benefício não foi corretamente alcançado ao reclamante (vide laudo, fl. 820). De qualquer forma, tratando-se a condenação de diferenças apuráveis em liquidação, se os valores relativos à licença-prêmio foram todos pagos, a condenação, nesse ponto, não terá expressão pecuniária.

Quanto às férias, a sentença deferiu o pagamento de cinco dias, em dobro, com acréscimo de 1/3, em cada período de fruição, por constatar, com base na perícia contábil e na prova oral, que o reclamante laborou durante suas férias.

Com efeito, segundo demonstrado pela perícia, o reclamante laborou no dia 03.02.2009, quando deveria estar de férias (fl. 819), tendo o preposto da



ACÓRDÃO

0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 8

reclamada, em seu depoimento, admitido que o reclamante poderia ser convocado ao trabalho durante o período de férias (*"que não tem conhecimento de que o autor teve suas férias interrompidas, mas poderia acontecer"*, fl. 875-v). De mais a mais, a recorrente não trouxe qualquer elemento probatório capaz de sobrepor-se à amostragem do *expert*, limitando-se a alegar, genericamente, que o reclamante fruiu regularmente de férias. Nada a prover, no aspecto.

Os reflexos das horas extras serão analisados conjuntamente com o item em que a reclamada discute a jornada de trabalho fixada na origem, porquanto desta decorrente.

Por derradeiro, com relação às matérias "Diferenças Salariais", "Integração de Promoções", "Vale-refeição" e "Décimo Quarto Salário", ainda que anunciadas no tópico do recurso, não foram objeto de abordagem específica no corpo do recurso, não tendo a reclamada apresentado qualquer fundamento para a reforma da decisão. Assim, deixo de examiná-los.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE.

A sentença deferiu o pagamento do adicional de insalubridade, em grau máximo, em razão do contato com óleos e graxas, e o pagamento do adicional de periculosidade, em razão do trabalho com empilhadeiras elétricas e motores de combustão, ambos sobre o salário contratual, com integrações em 13º salários, férias com 1/3, aviso prévio, horas extras, 14º salários, licenças prêmio, adicional noturno e FGTS com multa de 40%.

A reclamada não se conforma com a decisão. Relativamente ao adicional



ACÓRDÃO
0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 9

de periculosidade, alega que o reclamante jamais exerceu suas atividades em locais considerados perigosos. Por cautela, afirma que a atividade do reclamante ocorria de forma eventual e por tempo extremamente reduzido, atraindo a incidência da Súmula nº 364 do TST. Quanto ao adicional de insalubridade, afirma que o reclamante recebeu, durante a contratualidade, o adicional no grau devido. Alega que o reclamante recebeu equipamentos de proteção adequados. Caso mantida a condenação, sustenta que a base de cálculo do adicional é o salário mínimo. Aduz, ainda, ser indevida a cumulação do adicional de insalubridade e periculosidade, nos termos do § 2º do artigo 193 da CLT.

Examino.

O autor foi contratado para o exercício do cargo de Operário, desempenhando atividades afeitas à ensilagem, na localidade de Ibirubá (contrato de experiência de fl. 122). Em maio de 1978 foi enquadrado como Assistente Administrativo II. Em janeiro de 1979 foi transferido da Unidade de Ibirubá para a Unidade de Estrela e, em maio de 1981, para a Unidade de Caxias do Sul, a fim de exercer a função de Supervisor Administrativo. Em janeiro de 1994, foi dispensado da função de Supervisor Administrativo e designado para exercer o cargo Técnico em Contabilidade (Ficha de Registro, fls. 157-8 e documentos de fls. 186-188).

No laudo pericial (fls. 684-687) consta que o reclamante, durante o período não prescrito do contrato de trabalho, atuou como Supervisor Operacional do Frigorífico da Unidade de Caxias do Sul, realizando as seguintes atividades: localizar defeitos em máquinas e equipamentos industriais complementares, examinando peças defeituosas para providenciar sua recuperação ou substituição; efetuar o desmonte total ou parcial da



ACÓRDÃO

0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 10

máquina para efetuar o conserto ou substituição de peças, realizando o reparo; lubrificar máquinas, utilizando óleo, graxa e produtos similares; ligar os fios fonte fornecedora de energia, utilizando alicates, chaves, conectores e material isolante; testar os circuitos de instalação, utilizando aparelhos de comparação e verificação, para detectar partes ou peças defeituosas; substituir disjuntores e fusíveis, inclusive de alta tensão na rede de distribuição; acessar a subestação de energia elétrica e a sala do gerador de energia elétrica. Segundo o perito, o autor era responsável por "**toda a manutenção elétrica e mecânica das máquinas e instalações.**" (laudo, fl. 685, destaquei)

Com base nas informações prestadas unicamente pelo reclamante (**porquanto ausente a reclamada no momento da inspeção**), conclui o perito que o reclamante desenvolvia atividades insalubres em grau máximo, em razão do contato com óleos e graxas (Anexo 13 da NR-15 da Portaria nº 3.214/78) e perigosas, em virtude do ingresso habitual e permanente em subestações de energia elétrica, envolvendo barramentos de alta e baixa tensão, transformadores de alta tensão (Decreto nº 9.3412/1986).

As testemunhas ouvidas a convite do reclamante (mediante carta precatória de nº 0000463-41.2012.5.04.0403, fls. 711-713) referiram que o autor auxiliava nas unidades de refrigeração e maquinário:

"o reclamante, como operador de empilhadeira, na falta de pessoal ou em auxílio aos colegas, entraria na câmara fria de 50 a 100 vezes diariamente; que além desta situação, o reclamante poderia entrar para auxiliar o conferente ou verificar as condições da câmara, bem como verificar a colocação de produtos; que seria rotina do autor adentrar na



ACÓRDÃO
0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 11

*câmara fria; que o reclamante utilizava jaqueta e botas térmicas, touca térmica e luvas de malha; (...) que havia duas empilhadeiras a combustão e três elétricas; **que muitas vezes viu o reclamante mexendo nos motores das empilhadeiras a combustão, mais utilizadas pelo autor; que chegou a ver o reclamante mexendo no motor das empilhadeiras elétricas; que em quatro ou cinco oportunidades viu o reclamante colocando óleo nos compressores de refrigeração, tendo auxiliado o autor uma ou duas vezes "segurando o funil"; que não sabe se o reclamante fez troca de óleo das empilhadeiras; que havia um cartaz na sala de máquinas no qual constavam os telefones do reclamante e do depoente; que caso não encontrado o autor, seria telefonado para a testemunha; que se houvesse algum problema ligado à manutenção ou quanto ao frigorífico em si poderiam ser chamados a comparecer ao local e solucionar"**, testemunha Gilberto José Rech.*

*"o reclamante entraria várias vezes ao longo da jornada na câmara fria, tanto para degelo, para auxiliar os frigo-operadores, quanto para manutenção e geral e por operar a empilhadeira para carregamento dos caminhões; que o reclamante utilizava botas térmicas, calças, jaleco e um casaco para frio; que entrariam na câmara fria aproximadamente 6 pessoas, havendo 5 jaquetas térmicas para uso comum; (...) que as câmaras frias precisariam ter no mínimo -18°C, variando até -25°C ao longo da jornada; (...) **que via o reclamante fazendo a manutenção dos compressores junto à sala de máquinas, desobstruindo a tubulação destinada ao degelo,***



ACÓRDÃO
0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 12

bem como purgava óleo, ar e amônia; que viu o reclamante verificando a bateria das empilhadeiras elétricas, bem como mexendo no motor a gás; que se tratavam de pequenos consertos, sendo que os mais complexos seriam feitos por um técnico; que sabe que o reclamante trocava o óleo dos compressores, contudo desconhece a frequência com que tal atividade era feita; que como havia muitas trocas de frigo-operadores (...) que não havia acesso às câmaras frias sem a utilização da jaqueta térmica", testemunha Simone Bastiani Gelain.

A reclamada, às fls. 729-730, impugnou o laudo pericial, alegando que a manutenção elétrica e mecânica da unidade não era tarefa do reclamante, mas sim do técnico da unidade. Sustentou, ainda, o fornecimento e uso de equipamentos de proteção, invocando como prova o depoimento prestado pelas testemunhas do reclamante.

O autor em seu depoimento pessoal, disse que: "*que trabalhou em Caxias do Sul de meados de 1981 a 11/10/2011; que o depoente fez concurso para técnico em contabilidade mas, a partir de 1995, por deficiência de pessoal, começou a trabalhar na produção e também na casa de máquinas; (...) que, durante o expediente, o depoente ficava na produção e na casa de máquinas e um colega seu ficava atendendo o escritório; que, após o expediente, fazia alguma coisa no escritório, especificamente a parte da contabilidade e prestação de contas; que seu auxiliar era o Sr. Gilberto Heck, assistente administrativo I", fl. 785.*

O preposta da reclamada, Clóvis Almeida da Motta, declarou que: "*(...) o autor fazia todo o serviço de escritório, e possuía gratificação como*



ACÓRDÃO
0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 13

*encarregado de escritório e gratificação de quebra de caixa; **que não tem conhecimento que o autor tenha trabalhado na unidade de refrigeração e maquinário**", fl. 875-v.*

A única testemunha trazida pela reclamada, Luis Carlos Hackbart de Oliveira, engenheiro agrônomo e gerente técnico da reclamada, disse que: **"ia a Caxias do Sul quando havia alguma necessidade, para tomar alguma decisão, o que estima de 3 a 4 vezes ao ano, de maio/2007 a dezembro/2010; que a filial de Caxias era gerenciada pelo gerente regional, Nelson; que Nelson ia até a filial de Caxias uma vez por mês ou a cada 15 dias, e lá permanecia de 1 a 2 dias; que até 2007 a delegação para tomar algumas decisões na filial era de um técnico agrícola contratado; que na parte administrativa era o autor quem tomava conta da filial e parte de negócios era toda com o gerente regional ou com a superintendência (...) que não sabe dizer se o autor também fazia trabalho na casa de máquinas; que na casa de máquinas havia os frigo-operadores"**.

Ainda que os depoimentos prestados pelo preposto e pela testemunha da reclamada sejam no sentido de que o autor exercia tarefas apenas administrativas, os depoimentos prestados pelas testemunhas Gilberto e Simone confirmam que o autor auxiliava as unidades de refrigeração e maquinário, ingressando diariamente em câmaras frias e realizando reparos e consertos em motores de empilhadeiras elétricas e de combustão, sem a adequada proteção.

O uso de jaqueta, botas e touca térmicas e luvas de malha (referido pelas testemunhas do reclamante) não são suficientes para afastar os malefícios causados ao organismo pela exposição ao frio e pelo contato com óleos e



ACÓRDÃO

0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 14

graxas. A proteção das vias aéreas também é imprescindível quando há ingresso em ambientes com baixas temperaturas, a fim de se evitar o desenvolvimento de doenças respiratórias e reumáticas. Quanto ao contato com óleos e graxas, o uso de luvas de malha, por serem permeáveis, não são hábeis a elidir a ação nociva destes produtos.

Destaco que a reclamada, em seu recurso, não apresentou em seu recurso qualquer elemento probatório capaz de sobrepor-se à conclusão proferida na sentença, limitando-se a argumentar, de forma bastante genérica, que o autor não exercia atividade em lugares perigosos e, quanto ao adicional de insalubridade, que ele recebeu, durante a contratualidade, o pagamento do adicional no grau devido, quando, na verdade, não se verifica qualquer pagamento a tal título. O recurso beira o não conhecimento, uma vez que as razões apresentadas não impugnam os fundamentos adotados pela sentença para decidir a lide, tampouco esclarecem onde está o equívoco da decisão que enseja a sua reforma.

Diga-se, por oportuno, que a perícia, via de regra, é o primeiro e o principal meio de prova a formar o convencimento do julgador, até porque sua realização é obrigatória no processo do trabalho, quanto à pretensão alusiva aos adicionais de insalubridade e periculosidade. E mesmo não estando o juiz adstrito às conclusões do laudo pericial, faz-se necessária a existência de provas efetivamente convincentes no sentido de demonstrar que a realidade fática havida na execução do contrato de trabalho ocorreu de forma diversa daquela relatada pelo *expert*.

Diante desse contexto, entendo estar demonstrado o ingresso do autor no interior de câmaras frias, bem como o contato com óleos e graxas minerais, sem a proteção adequada, circunstâncias que caracterizam condição de



ACÓRDÃO
0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 15

trabalho insalubre em grau médio e máximo, respectivamente, conforme disposto nos Anexos 9 e 13, respectivamente, da NR-15 da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho. Da mesma forma, entendo estar demonstrado o trabalho em condições perigosas, nos termos do Decreto nº 9.3412/1986.

Assim, mantenho a sentença que entendeu que o reclamante trabalhava em contato com agentes insalubres em grau máximo e em condições perigosas.

Com relação à base de cálculo do adicional de insalubridade, entendo que a utilização do salário-mínimo não se coaduna com o escopo do Constituinte Originário, que veda sua vinculação para qualquer fim, nos termos do art. 7º, IV, da Constituição da República.

Inexistente parâmetro hábil, em face da natureza análoga à do adicional de periculosidade, tenho entendido que deve o adicional de insalubridade ser calculado pela observância de igual ou, pelo menos, semelhante base, qual seja, o salário do trabalhador.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no entanto, tem se orientado pela decisão proferida ao julgamento do RE 565.714/SP, de repercussão geral, segundo a qual, enquanto a inconstitucionalidade do art. 192 da CLT não for superada por lei ou norma coletiva que estabeleça base de cálculo específica para o adicional de insalubridade, essa deve ser o salário-mínimo.

Dessa forma, acolho o apelo, no particular, para determinar que o adicional de insalubridade seja calculado com base no salário-mínimo.

No tocante à cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade,



ACÓRDÃO

0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 16

apesar de entender razoável a cumulação quando comprovada a presença de condições insalubres e perigosas nas atividades laborais, o pagamento cumulativo encontra óbice no artigo 193, § 2º, da CLT, o que inviabiliza o acolhimento da pretensão do autor. Esse é o entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho, conforme exemplificam as seguintes decisões:

ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Não há violação do art. 7º, XXIII, da Constituição Federal, pois o dispositivo constitucional prevê genericamente à concessão de um adicional para atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. A lei trabalhista que rege a matéria é o art. 193, §2º, da CLT e esse dispositivo legal, dispõe expressamente sobre a não-cumulação entre os adicionais de periculosidade e de insalubridade prevendo, assim, a opção pelo empregado entre os dois adicionais, de modo que a reclamante deverá optar pela parcela que for mais favorável, opção a qual pode ser exercida na execução, assegurada a dedução do título até então recebido, a fim de evitar-se a hipótese de enriquecimento sem causa. Recurso de revista de que não se conhece. (AIRR e RR - 71800-20.2008.5.04.0019, 6ª Turma, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, julgado em 05/11/2014).

PERICULOSIDADE E ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Observados os termos do art. 193, § 2.º, da CLT, os adicionais de periculosidade e insalubridade não podem ser acumulados, devendo o



ACÓRDÃO
0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 17

empregado fazer a opção pelo que lhe for mais benéfico. Precedentes. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. (RR - 1333-47.2011.5.04.0201, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, julgado em 03/12/2014).

CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. Nos termos da jurisprudência pacífica do Eg. TST, não há falar em pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade. O artigo 193, § 2º, da CLT deixa claro que o empregado pode optar pelo adicional que porventura lhe seja devido. Precedentes. Recurso de Revista não conhecido. (RR - 374500-40.2008.5.09.0411, 8ª Turma, Relator Desembargador Convocado João Pedro Silvestrin, julgado em 03/12/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AGENTES INSALUBRES DIVERSOS. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PROVIMENTO. Trata-se de agravo de instrumento cujos temas ventilados o Tribunal Regional decidiu em conformidade com entendimento reiterado desta Corte Superior sobre a matéria. Para a hipótese, o artigo 557, caput, do CPC autoriza o relator a negar seguimento ao recurso, como ocorreu na espécie. Assim, se a parte não trouxe no seu agravo nenhum argumento que demovesse a decisão denegatória do agravo de instrumento, há que ser mantido o mencionado decisum. (AIRR 306-57.2013.5.10.0018, 5ª Turma, Rel. Min. Caputo Bastos, julgado em 29/04/2015)

Incabível, portanto, a cumulação dos adicionais de insalubridade e



ACÓRDÃO
0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 18

periculosidade.

Frente ao exposto, dou provimento parcial ao recurso ordinário da reclamada, para facultar ao autor a opção, em liquidação de sentença, entre o adicional de periculosidade e o adicional de insalubridade em grau máximo constatados pela perícia, bem como para determinar que o adicional de insalubridade seja calculado com base no salário-mínimo.

VALIDADE DOS CARTÕES DE PONTO. AUMENTO DA MÉDIA REMUNERATÓRIA.

A reclamada não se conforma com a decisão que reputou inválidos os cartões de ponto juntados aos autos. Sustenta que o autor não produziu prova para desabonar os horários registrados, tampouco para demonstrar a jornada declinada na inicial, ônus que lhe incumbia, nos termos do artigo 818 da CLT e do artigo 333 do CPC. Cita o depoimento da testemunha Luiz Carlos HackBart como prova de que reclamante trabalhava apenas em horário comercial. Por esses motivos requer que se julgue improcedentes os pedidos de pagamento de horas extras, intervalos, adicional noturno, domingos e feriados, bem como o pagamento de reflexos pelo aumento da média remuneratória, por se tratar de parcela acessória.

Não prospera o apelo.

Antes de mais nada, saliento que a sentença declarou inválidos os registros de horários **apenas no tocante aos dias em que não há marcação de ponto ou em que a marcação está ilegível.**

De fato, os controles de horário juntados pela reclamada às fls. 321-463 evidenciam a ausência de marcação em vários dias consecutivos, como por exemplo, nos meses de abril a dezembro de 2010 (fls. 350-366),



ACÓRDÃO
0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 19

circunstância que impede a leitura e a apuração da jornada efetivamente cumprida e contraprestada pela reclamada.

Ressalto que as declarações prestadas pelas testemunhas do reclamante, no sentido de que a jornada de trabalho era integralmente registrada nos controles de horários, sucumbem diante de marcações inexistentes e ilegíveis verificadas nos controles de horário do autor. Destaco, ainda, que a testemunha Luiz Carlos HackBart, por sua vez, sequer laborava com o autor na unidade de Caxias de Sul, visitando-a apenas quando houvesse alguma necessidade, não podendo afirmar com convicção que o autor cumpria apenas o horário comercial.

Dessa forma, judiciosa a sentença ao considerá-los parcialmente inválidos como meio de prova, especificamente quanto aos dias em que não há marcação de ponto ou em que a marcação está ilegível.

Consequentemente, inverte-se à reclamada o ônus da prova relativo às horas extras, prevalecendo a jornada de trabalho informada na inicial. Tal presunção é relativa, podendo ser afastada por outros meios de prova, o que não ocorreu no caso concreto, não havendo motivos para reformar a jornada de trabalho fixada pela sentença (das 7h30min às 11h30min e das 13h30min às 17h30min, cinco dias por semana, com uma hora extra por dia), porquanto razoável e compatível com a prova produzida.

Sinalo que, embora extensa a jornada fixada para os períodos da Festa da Uva (de segunda a sexta, das 6h às 10h e das 11h às 15h e das 15h às 19h e das 20h às 24h; aos sábados, das 6h às 10h e das 11h às 15h) e para os períodos de colheita de frutos da região (dezembro a fevereiro, duas horas extras diárias, além de sábados, domingos e feriados, das 7h às 17h30min, com 2 horas de intervalo), tal é perfeitamente aceitável e razoável frente ao



ACÓRDÃO

0000209-77.2012.5.04.0012 RO

FI. 20

volume de trabalho próprio desses períodos.

Mantida a jornada arbitrada, devido o pagamento de horas extras, excedentes à 8ª diária e à 40ª semanal, bem como os reflexos decorrentes.

Não há falar em reflexos pelo aumento da média remuneratória, uma vez que deferidos reflexos em repousos (semanais e feriados), férias acrescidas de 1/3, décimos terceiros salários, décimos quartos salários, aviso-prévio e FGTS com multa de 40% de forma simples.

Por derradeiro, a dedução das horas extras comprovadamente pagas daquelas reconhecidas em juízo não pode ser limitada ao mês de apuração, devendo ser integral e aferida pelo total das horas extraordinárias quitadas durante o período imprescrito do contrato de trabalho. Nesse sentido, é o entendimento da OJ 415 da SDI-1 do TST.

Provejo parcialmente o recurso da reclamada, para determinar a aplicação do critério contido na OJ 415 da SDI-1 do TST no cálculo das horas extras devidas.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

A reclamada investe contra a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, ao argumento de que o autor não está representado pelo Sindicato de sua categoria profissional.

Não prospera o apelo.

Entendo que, no direito processual do trabalho, por força do disposto no artigo 5º, LXXIV, da Constituição da República, o deferimento de honorários advocatícios de assistência judiciária não está vinculado à apresentação de credencial sindical (Lei n. 5.584/1970), mas apenas à comprovação da



ACÓRDÃO
0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 21

situação de miserabilidade jurídica do trabalhador, mediante declaração de pobreza, a qual é suficiente para o preenchimento dos requisitos legais, na forma da Lei 1.060/1950 (fl. 11).

O entendimento está consolidado neste Tribunal Regional na Súmula 61, recentemente editada.

MULTA DO ART. 475-J.

Defende a recorrente que o artigo 475-J do CPC não tem aplicação subsidiária ao processo do trabalho. Aduz que o artigo 880, *caput*, da CLT, não contempla qualquer acréscimo para a hipótese de não satisfação voluntária do crédito exequendo.

Embora entenda que, desde a Constituição de 1988 e, em especial, desde a Emenda Constitucional nº 45/2004, toda a legislação processual infraconstitucional deve ser concebida e interpretada a partir do princípio da efetividade da tutela jurisdicional e do direito fundamental à razoável duração do processo, insculpido no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República, sendo necessária a adoção de meios que assegurem a celeridade da tramitação dos feitos, entre os quais está a multa de que trata o artigo 475-J do CPC, que tem por objetivo dar efetividade à sentença que impõe o pagamento de soma em dinheiro, o entendimento prevalente no Colegiado é no sentido de que a matéria em questão é pertinente à fase de cumprimento da sentença.

Desta forma, provejo o recurso para afastar o comando que determina a observância do artigo 475-J do CPC, remetendo à matéria à fase de cumprimento da sentença.



ACÓRDÃO
0000209-77.2012.5.04.0012 RO

FI. 22

DESEMBARGADORA MARIA HELENA LISOT:

RECURSO DO RECLAMANTE.

NULIDADE DA DESPEDIDA.

Peço vênia para divergir em parte do Exmo. Relator, quanto à nulidade da despedida do empregado e conseqüente reintegração ao emprego.

No caso dos autos, é incontroverso que o autor foi admitido em 04-03-1975 pela reclamada, sociedade de economia mista estadual, sendo dispensado sem justa causa em 11-10-2011.

Nestes termos, ainda que a reclamada se submeta ao regime jurídico próprio das empresas privadas quanto às obrigações trabalhistas (art. 173, §1º, II, da CF), a ré integra a Administração Pública Indireta na qualidade de sociedade de economia mista que presta serviços de natureza pública, tais como a execução da política oficial de guarda e preservação de produtos perecíveis e deterioráveis e a colaboração na execução da política de regulação desse mercado (alíneas a e d do Estatuto da ré, fls. 68-69).

Assim sendo, a ré está vinculada aos princípios correlatos à Administração Pública, dentre os quais o da motivação, previsto expressamente no art. 2º da Lei 9.784/99. O mesmo diploma legal impõe à Administração a obrigação expressa de indicar os fatos e fundamentos jurídicos dos atos que neguem, limitem ou afetem direitos, de forma explícita, clara e congruente (art. 50, caput, I e §1º).

Com efeito, a explícita motivação do ato de dispensa do empregado de sociedade de economia mista que presta serviço público também visa a resguardar o princípio da impessoalidade, impedindo possíveis retaliações pessoais ou políticas, conforme destacou o Ministro Ricardo Lewandowski



ACÓRDÃO
0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 23

no acórdão proferido no RExt 589.998, recente decisão do STF em relação a qual foi atribuída repercussão geral, para determinar ser obrigatória a motivação da dispensa de empregado por empresa pública e sociedade de economia mista tanto da União, quanto dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...) Ora, a motivação do ato de dispensa, na mesma linha de argumentação, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir, razão pela qual se impõe, na espécie, não apenas seja a despedida motivada como precedida de um procedimento formal, em que se garanta ao empregado o direito ao contraditório, quando lhe seja imputada conduta desabonadora, porquanto, além de conferir-se a necessária publicidade à demissão, ficará o ato devidamente documentado e arquivado na empresa, permitindo seja a sua fundamentação a qualquer momento contrastado às normas legais aplicáveis. (Recurso Extraordinário nº 589.998, julgado em 20/03/13)

Assim, ainda que o reclamante não goze da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988, por não se enquadrar nos termos do art. 19 do ADCT, a dispensa do empregado de sociedade de economia mista estadual se constitui em ato administrativo que não prescinde de motivação, sendo inválida, pois, a despedida do autor nos moldes em que procedida.

Nesse mesmo sentido vem decidindo este Regional:

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DESPEDIDA



ACÓRDÃO
0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 24

IMOTIVADA. NULIDADE. REINTEGRAÇÃO. No julgamento do RE n. 589.998/PI, o STF reconheceu a repercussão geral da matéria envolvendo a necessidade da motivação da dispensa dos agentes públicos empregados de sociedades de economia mista. Dispensa sem motivação. Invalidade. (TRT da 04ª Região, 6a. Turma, 0000862-69.2013.5.04.0101 RO, em 04/03/2015, Desembargador Raul Zoratto Sanvicente - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Maria Cristina Schaan Ferreira, Juiz Convocado José Cesário Figueiredo Teixeira)

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA JURIDICAMENTE IMOTIVADA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. A Companhia Estadual de Silos e Armazéns - CESA, integrante da Administração Pública indireta do Estado e prestadora de serviço público, goza das mesmas prerrogativas conferidas à Fazenda Pública, sujeitando-se aos princípios do Direito Administrativo, dentre os quais o da motivação dos atos administrativos, inclusive relativos a desligamento de pessoal. Aplicação analógica da Orientação Jurisprudencial 247, II, da SDI-1 do TST. Recurso não provido. (TRT da 04ª Região, 2a. Turma, 0000724-96.2013.5.04.0103 RO, em 04/12/2014, Desembargador Alexandre Corrêa da Cruz - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Tânia Rosa Maciel de Oliveira, Desembargadora Tânia Regina Silva Reckziegel)

DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA. EMPREGADO PÚBLICO.



ACÓRDÃO
0000209-77.2012.5.04.0012 RO

Fl. 25

Cumprida à entidade integrante da Administração Pública indireta, que contrata seus empregados pela via do concurso público (art. 37, II, da CF), motivar a dispensa de seus empregados, pois enquadram-se na expressão servidor público tanto os ocupantes dos cargos públicos (regime estatutário) como dos empregos públicos (regime celetista). Recurso ordinário do reclamante a que se dá provimento. (TRT da 04ª Região, 9ª Turma, 0001484-10.2011.5.04.0008 RO, em 14/08/2014, Desembargadora Lucia Ehrenbrink - Relatora. Participaram do julgamento: Desembargador João Alfredo Borges Antunes de Miranda, Desembargadora Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo)

Pelo exposto, dou provimento ao recurso do reclamante para declarar a nulidade da despedida sem justa causa operada pela ré, determinar a reintegração do autor ao emprego e condenar a reclamada ao pagamento dos salários e demais vantagens devidas no período que medeia o afastamento e a reintegração.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

**DESEMBARGADOR RICARDO HOFMEISTER DE ALMEIDA MARTINS
COSTA (RELATOR)**

DESEMBARGADORA MARIA HELENA LISOT

DESEMBARGADOR HERBERT PAULO BECK