



**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 1**

**JUIZ CONVOCADO JOSÉ CESÁRIO FIGUEIREDO TEIXEIRA**  
**Órgão Julgador: 1ª Turma**

**Recorrente:** RUI NECCHI DA SILVA - Adv. Alessandro Batista Rau  
**Recorrente:** WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA. - Adv. Flávio Obino Filho  
**Recorrido:** OS MESMOS  
**Origem:** 29ª Vara do Trabalho de Porto Alegre  
**Prolator da Sentença:** JUÍZA SOFIA FONTES REGUEIRA

#### **E M E N T A**

**ACÚMULO DE FUNÇÕES. VENDEDOR.** Caso em que o acúmulo de funções exercidas dentro de uma mesma jornada de trabalho afastou o reclamante da função principal (vendas) que lhe garantia a maior fatia dos seus ganhos mensais, sendo devido o acréscimo salarial pelo prejuízo com o exercício de outras tarefas que não as inerentes às de vendedor.

**DANOS MORAIS. CASTIGOS PELO ATRASO EM REUNIÕES. ABUSO DO PODER DIRETIVO PATRONAL.** Comprovada a prática da empresa de ligar ventilador e ar condicionado no inverno e o aquecedor no verão, como forma de castigar os vendedores pelo atraso ocorrido nas reuniões diárias, é devida a indenização por danos morais, porquanto trata-se de conduta abusiva, que transborda o poder diretivo patronal e fere direitos ínsitos à personalidade do trabalhador. Prática injustificável, que causa perplexidade.

#### **ACÓRDÃO**



**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 2**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por maioria, vencida parcialmente a Desa. Iris Lima de Moraes, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO** para determinar a observância das normas coletivas juntadas com a defesa (fls. 166 e seguintes) no cálculo das horas extras deferidas; limitar a condenação ao pagamento de 40 minutos diários de intervalo intrajornada não gozado, mantidos os demais parâmetros fixados na sentença; e determinar que o adicional de insalubridade deferido seja calculado sobre o salário mínimo nacional. Por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE**. Valor da condenação reduzido em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Intime-se.

Porto Alegre, 16 de janeiro de 2013 (quarta-feira).

## **RELATÓRIO**

Inconformados com a sentença das fls. 379-384, complementada pela decisão resolutive de embargos de declaração das fls. 423-427, recorrem as partes.

Em razões recursais aduzidas às fls. 400-411, complementadas às fls.441-445, o réu postula a reforma da sentença nos seguintes pontos: diferenças salariais por acúmulo de função e reflexos; horas extras - validade de registros de horário e jornada fixada; adicional noturno; intervalos



**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 3**

intrajornada; adicional de insalubridade e respectiva base de cálculo e reflexos; adicional de periculosidade; participação nos lucros e resultados; multa do artigo 477 da CLT; indenização por danos morais; FGTS sobre parcelas deferidas; convenções coletivas aplicáveis.

O recurso ordinário do autor, juntado às fls. 432-439 dos autos, versa sobre: *quantum* do *plus* salarial deferido pelo acúmulo de funções; adicionais de horas extras; reflexos das horas extras nas comissões; adicional de periculosidade no período posterior a novembro/2009; cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade; *quantum* da indenização por danos morais; indenização por danos morais em razão da jornada praticada.

Contrarrazões apresentadas pelo autor às fls. 461-481 e, pelo réu, às fls. 483-485.

É o relatório.

**VOTO**

**JUIZ CONVOCADO JOSÉ CESÁRIO FIGUEIREDO TEIXEIRA**  
**(RELATOR):**

**1 - RECURSO ORDINÁRIO DAS PARTES (MATÉRIA COMUM)**

**1.1 - ACÚMULO DE FUNÇÕES**

O Juízo *a quo* entendeu comprovado, no caso, o acúmulo de funções e condenou o reclamado ao pagamento de um *plus* salarial equivalente a 30% do salário mensal do reclamante, com integrações nos repousos semanais remunerados, férias acrescidas de 1/3, gratificações natalinas,



**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 4**

FGTS, indenização de 40% e no aviso prévio.

O reclamado, em suas razões recursais, aduz que é indevida a condenação em tela, ao argumento de que o reclamante não produziu prova robusta do alegado acúmulo de funções. Sustenta que o reclamante sempre laborou nas atividades para as quais foi contratado e, ainda que se admita o contrário, não há previsão legal para o pleito de *plus* salarial pelo acúmulo de funções.

O reclamante, por sua vez, não concorda com o valor arbitrado pelo julgador de origem para pagamento do *plus* salarial em decorrência do acúmulo de funções, por considerá-lo ínfimo. Sustenta que acumulava nove funções distintas e requer a reforma da sentença para que seja majorado o valor deferido pelo acúmulo de funções para, no mínimo, 50% do salário mensal recebido por cada uma das funções acumuladas.

Sem razão as partes.

Para se ter reconhecido o direito ao *plus* salarial por acúmulo de funções, mostra-se imperioso que o empregador determine a execução de tarefas que demandem maior especialização ou exijam maior complexidade, e desde que estranhas à função contratada, devendo haver, ainda, diferenciação de salários entre a função originalmente exercida e aquela acumulada.

No caso em apreço, o reclamante foi contratado em 17/11/2008 para exercer a função de vendedor, tendo sido demitido sem justa causa em 05/07/2010. Contudo, a partir de fevereiro de 2009, alegou que passou a exercer, diariamente, as funções de estoquista, operador de empilhadeira, operador de paleteira, descarregador de caminhões, montador de produtos



**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 5**

(eletroeletrônicos, na loja e na residência de clientes), assistência técnica, atendente (SAC) e faxineiro/limpeza (no setor de eletrônicos e de estoque), em acréscimo às funções de vendedor.

A testemunha Gisele de Azevedo Gutz, que trabalhou na reclamada de agosto de 2005 a abril 2010, confirma parcialmente as alegações do autor, afirmando que *“fazia outras funções, além de ser vendedora; que limpava a loja, repunha produtos, descarregava caminhões que chegavam no depósito; que o autor entrou como vendedor; que o autor inicialmente foi só vendedor, no período de experiência; que, após o período de três meses, o autor passou a desempenhar as mesmas funções mencionadas pela depoente, bem como assistência técnica e operação de empilhadeira (...)”*.

Com estes elementos da prova, à primeira vista, as tarefas que foram acrescentadas àquelas para as quais contratado o reclamante, que eram de vendedor, não desbordam do poder diretivo do empregador, na medida em que, para que haja direito a um *plus* por acúmulo de funções, é necessário que estas tarefas demandem maior especialização ou exijam maior complexidade, e que haja, também, diferenciação salarial entre um e outro cargo, o que não é o caso, pois não ficou evidenciada a diferenciação de salários para uma ou outra atividade.

Contudo, as atividades eram exercidas dentro da mesma jornada de trabalho, resultando o reclamante afastado da função principal (vendas) que lhe garantia a maior fatia dos seus ganhos mensais (conforme se extrai dos recibos de pagamento das fls. 286 e seguintes). Assim, demonstrado está o prejuízo com o exercício de outras tarefas que não as inerentes às de vendedor, sendo devido o acréscimo salarial deferido pela sentença.



**ACÓRDÃO**

**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 6**

Quanto à pretensão do autor de majoração do valor arbitrado para, no mínimo, 50% do salário mensal recebido por cada uma das funções acumuladas, revela-se excessiva. O acréscimo salarial arbitrado pela sentença pelo acúmulo de funções, em 30% do salário mensal do reclamante, é razoável e adequado no caso, suficiente para a reparação de eventuais prejuízos sofridos pelo autor.

Desse modo, nego provimento a ambos os recursos.

**1.2 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E ADICIONAL DE INSALUBRIDADE**

O Juízo *a quo*, com base nos laudos técnicos dos autos (fls. 244-8 e fls.313-7), que concluíram pela existência de insalubridade em grau médio por todo o contrato de trabalho e periculosidade durante o primeiro ano de contrato de trabalho (até novembro de 2009), condenou a reclamada ao pagamento de adicional de insalubridade em grau médio, a ser calculado sobre o salário base do reclamante (fl. 382). Ademais, em decisão resolutive dos embargos de declaração opostos pelo autor, sanando omissão, o Julgador de origem também condenou o reclamado ao pagamento de adicional de periculosidade de 30%, a incidir sobre o salário básico do reclamante, durante o primeiro ano do contrato (até novembro de 2009), com reflexos. Todavia, consignou o Magistrado que *"considerando a vedação da percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade, pela inteligência do art. 193, § 2º, oportunamente o Reclamante deverá fazer a opção por um dos adicionais, em relação ao primeiro ano de contrato (até novembro de 2009)"* (fl. 425).

Recorrem as partes.



**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 7**

O reclamado, em síntese, sustenta que as atividades realizadas pelo reclamante não podem ser consideradas insalubres e que, se ocorreu algum contato dele com as substâncias elencadas no laudo, foi eventual e de curta duração, não podendo ser enquadrado no Anexo 13 da NR-15 da Portaria Ministerial 3.214/78. Inconforma-se, ainda, com a condenação ao pagamento do adicional de periculosidade durante o primeiro ano do contrato (até novembro de 2009), argumentando que o autor não comprovou que tinha contato direto com agentes perigosos e, portanto, não estaria enquadrado na situação prevista no artigo 193 da CLT. Invoca a Súmula n.º 364 do TST. Por tais razões, pretende a reforma da sentença, com exclusão das condenações em tela e, por conseguinte, dos honorários periciais ou, sucessivamente, a redução do valor arbitrado em R\$ 2.000,00, que reputa excessivo. Por fim, alega que a parcela tem natureza indenizatória e insurge-se contra condenação aos reflexos deferidos.

O reclamante, a seu turno, não se conforma com o deferimento do adicional de periculosidade apenas no primeiro ano de contrato (até novembro/2009), pois, ao contrário do entendimento de origem, alega que a testemunha deixa claro que não houve redução dos cilindros de gás no período posterior a novembro/2009. Ademais, entende que inexistente previsão legal vedando a acumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade.

Sem razão os recorrentes.

Segundo o disposto no art. 195 da CLT, o laudo pericial é o meio próprio para a caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade no local de trabalho. Por outro lado, é certo também que o julgador não fica necessariamente a ele adstrito, podendo firmar



**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 8**

convencimento diverso com base nas informações do próprio laudo ou em outras provas constantes nos autos que levem a entendimento diverso daquele exarado pelo perito (art. 436, CPC).

No caso em análise, apesar da opinião em contrário do reclamado, não há elementos sólidos e consistentes para desconstituir o resultado da prova pericial consubstanciado nos laudos que serviram de base para a conclusão do Juízo de primeiro grau.

O laudo pericial destinado à caracterização e classificação da insalubridade (fls. 244-8) é robusto e conclusivo no sentido de que as atividades desempenhadas pelo reclamante eram **"INSALUBRES EM GRAU MÉDIO POR TODO O CONTRATO DE TRABALHO, DEVIDO A EXPOSIÇÃO A AGENTES QUÍMICOS"**, com enquadramento no anexo n.º 13 da NR-13 da Portaria n.º 3214/78 (fl. 247-verso). O perito técnico informou que as atividades do reclamante, além daquelas inerentes à função de vendedor, consistiam na limpeza dos equipamentos eletroeletrônicos em exposição bem como a limpeza de gôndolas, com utilização de Veja Multiuso (como detergente) e Varsol (para a retirada da cola ressequida das etiquetas), atividades que eram realizadas com regularidade diária. O perito registrou, ainda, que o autor "manuseava diretamente com detergentes potentes" e "NÃO UTILIZAVA O AUTOR QUALQUER EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL" (fl. 245), explicando que *"o uso continuado de detergentes com maior ou menor grau de concentração deixa as mãos inchadas, avermelhadas e com várias dermatites"*. De acordo com o *expert*, ainda, os elementos químicos que compõem esses produtos constituem um agente insalubre, *"posto que extremamente nocivo à saúde, de acordo com aquilo que preconiza a*





**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 9**

*portaria 3214/78 NR-15 Anexo n.º 13 (manuseio de álcalis cáustico)".*

Nesse contexto, não há como afastar a conclusão da prova pericial, no sentido de que o autor ficou sujeito a condições de trabalho insalubres em grau médio. Assim, se por um lado é certo que o julgador não está adstrito à prova pericial, por outro, a parte que postula provimento jurisdicional em sentido diverso da conclusão do laudo deve trazer aos autos elementos de prova consistentes que possam infirmar a apuração do *expert*, circunstância que não se verifica no presente feito.

Por sua vez, a prova pericial destinada à caracterização da periculosidade no local de trabalho (fls. 313-7) também é conclusiva no sentido de que as atividades do reclamante foram consideradas **"PERICULOSAS DURANTE O PRIMEIRO ANO DO CONTRATO DE TRABALHO (ATÉ NOVEMBRO DE 2009)."** Segundo se extrai do laudo, o reclamante fazia o abastecimento da loja, utilizando empilhadeira a gás. Além de operar empilhadeira, o autor também trocava botijões de 20kg de GLP, troca esta, que, segundo o perito, *"foi realizada durante o primeiro ano em dois locais"* (fl. 314): o primeiro do lado externo da loja, onde havia uma gaiola com 15 botijões de GLP; o segundo, próximo à guarita, com 10 botijões (fl. 314-verso). O perito destaca, porém, que **"TAIS CONDIÇÕES OCORRERAM ATÉ NOVEMBRO DE 2009, QUANDO AS EMPILHADEIRAS A GÁS FORAM SUBSTITUÍDAS POR EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS E PALETEIRAS MANUAIS"** (fl. 314-verso). Resta claro, portanto, que exposição do autor aos agentes perigosos não era eventual ou fortuito, sendo descabida a aplicação parte final da Súmula n.º 364 do TST, como requer o réu.

Também, não procede o inconformismo do reclamante quanto à



**ACÓRDÃO**

**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 10**

delimitação do período em que esteve submetido a condições perigosas. Como bem observou o Juízo *a quo*, o reclamante reconheceu que as empilhadeiras a gás foram substituídas por empilhadeiras elétricas, aduzindo que tal substituição foi feita aos poucos (fl. 329), ao passo que a testemunha afirmou, contrariamente, que nunca houve redução dos cilindros (374-verso). Ora, mesmo que se considere que, de fato, não houve redução dos cilindros, como afirma a testemunha, o fato de as empilhadeiras a gás terem sido substituídas, em novembro de 2009, por empilhadeiras elétricas, leva a crer que o autor, por óbvio, não necessitou mais adentrar nos depósitos onde ficavam armazenados os cilindros de gás utilizados no abastecimento das empilhadeiras. Dessa forma, ficam afastadas as condições de periculosidade após o período de novembro/2009.

Quanto à cumulação do adicional de periculosidade e adicional de insalubridade, ao contrário do que sustenta o reclamante, há expressa previsão legal quanto à necessária opção entre o pagamento do adicional de insalubridade e de periculosidade no artigo 193, § 2º, da CLT, segundo o qual:

*Art. 193 - São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.*

*§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.*

Como se lê, o dispositivo prevê apenas o direito ao pagamento dos adicionais e não garante o recebimento simultâneo, como quer o



**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 11**

recorrente, não havendo qualquer violação ao inciso XXIII do artigo 7º da Constituição Federal.

Portanto, acertada a decisão de origem, cabendo apenas facultar ao reclamante optar pelo adicional que lhe for mais vantajoso, em conformidade com o disposto no art. 193, parágrafo 2º, da CLT, bem como na NR-16, item 16.2.1, da Portaria MTb nº 3.214/78.

Inalteradas as condenações em referência, deve ser mantido, por igual, o pagamento dos honorários periciais. E esses não foram arbitrados em patamar excessivo, eis que a importância de R\$ 2.000,00 afigura-se razoável e consentânea com a complexidade do trabalho desenvolvido pelo perito e observa os critérios usualmente adotados por esta Justiça Especializada. Logo, improcede a redução pretendida pela reclamada, porquanto não excessivo o valor arbitrado.

Por fim, ao contrário do que alega o reclamado, o adicional de insalubridade possui natureza salarial (artigo 7º, XXIII, da CF) e, portanto, deve integrar o salário para todos os efeitos legais. E, mantida a condenação ao pagamento do adicional de insalubridade, devem ser mantidos os reflexos, porque acessórios ao principal devido.

Pelo exposto, no tópico, nego provimento aos recursos ordinários das partes.

### **1.3 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS**

O Juízo *a quo* entendeu comprovada, pelo depoimento da testemunha (ata das fls. 374-5), a existência de dano moral por revistas íntimas e xingamentos do chefe e condenou a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 10.000,00. Na decisão



**ACÓRDÃO**

**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 12**

resolutiva dos embargos de declaração, a julgadora esclareceu que a indenização por danos morais deferida em valor global de R\$ 10.000,00 refere-se: ao assédio moral (pedido da letra 'n'), em valor arbitrado de R\$ 4.000,00 e dano moral decorrente de constrangedoras revistas pessoais realizadas pela empresa (pedido da letra 'o'), em valor arbitrado de R\$ 6.000,00. Ademais, ressaltou que não cabe condenação em danos morais por jornada excessiva de trabalho, já remunerada pelo deferimento de horas extras.

Recorrem ambas as partes.

O reclamado requer a exclusão da condenação argumentando, em síntese, que o reclamante não produziu prova de que tenha sido submetido a situação vexatória ou constrangedora. Em sendo mantida a condenação, postula a redução do valor indenizatório arbitrado, por entender excessivo.

O reclamante, a seu turno, não se resigna com o *quantum* indenizatório arbitrado na sentença. Pelo assédio moral e tratamento degradante cometidos nas reuniões diárias, requer a majoração da condenação para, no mínimo, 100 (cem) vezes a maior remuneração recebida durante a contratualidade, bem como, postula o mesmo valor pelo dano moral decorrente das revistas íntimas. Por fim, não se conforma com o indeferimento da indenização por danos morais pretendida pelo que qualifica de "absurdas, ilícitas e abusivas jornadas de trabalho descritas nos tópicos III e IV da petição inicial" (fl. 438), postulando a condenação do reclamado ao pagamento de indenização por danos morais em valor equivalente também a 100 (cem) vezes a maior remuneração recebida durante a contratualidade.

Examino.



**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 13**

Na inicial, o autor alegou que, por determinação do chefe de seção, Ricardo França, todos os dias às 15h havia uma reunião com todos os integrantes do "setor de eletro". Afirmou que eventuais atrasos na reunião eram coibidos pelo chefe de seção, que ligava o aquecedor e somente desligava quando todos funcionários estivessem presentes, os quais, ainda, eram xingados, acusados e humilhados. Ademais, relatou que havia revistas pessoais periódicas, que consistiam em apalpação de todo o corpo, inclusive das partes íntimas, na presença de outras pessoas. Aduziu que, em alguns casos, era exigida a retirada das calças e que, em várias ocasiões, pediam que o funcionário ficasse completamente nu para a realização da revista, sendo comum que os seguranças do réu realizassem "brincadeiras e piadinhas (...) especialmente quando tocavam em suas partes íntimas" (fl. 22). Quanto à jornada, referiu que era submetido a "absurdas, ilícitas, abusivas e desumanas jornadas de trabalho" (fl. 25).

A prova testemunhal comprova os xingamentos e abusos cometidos pelo Sr. Ricardo França, chefe de seção e preposto do réu, confirmando as alegações do reclamante. A testemunha Gisele de Azevedo Gutz declarou que:

*(...) conheceu o senhor Ricardo França; que ele era chefe; que o relacionamento dele com os funcionários era péssimo; que tratamento dele era na base do xingamento para com todos, como por exemplo, "tiradores de nota", ladrões, retardados, etc; que isso ocorria nas reuniões diárias; que já foi direcionado ao reclamante como já foi direcionado a outros funcionários, mas era generalizado; que uma vez o senhor Ricardo chamou o reclamante de ladrão na frente de todos, porque sumiu uma mercadoria do setor de responsabilidade do autor; que as*



**ACÓRDÃO**

**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 14**

*reuniões diárias eram realizadas as 15h, com duração de 30 minutos, podendo atrasar porque alguns funcionários estavam vendendo; que o senhor Ricardo ligava o ventilador ou ar condicionado no inverno e o aquecedor no verão para castigar os vendedores e fazer com que não chegassem atrasados (...) (fl. 374-verso - grifei)*

A ocorrência de excessos nas revistas pessoais e a realização de revistas íntimas também foram confirmadas pela testemunha, que afirmou:

*(...) que na saída dos funcionários da loja, era feita revista diária para ver se não estavam levando algum produto; que os funcionários eram apalpados em todas as partes na saída da loja; que além disso muitas vezes, levavam o funcionário ao vestiário e realizavam revista íntima, solicitando que o funcionário tirassem todas as roupas; que depoente sofreu revista íntima 4 vezes; que já viu o autor sendo levado para o vestiário umas três vezes, pelo que se lembra (...) o autor teve problemas com seu Ricardo França, pois presenciou. (fls. 374-verso e 375 - grifei).*

Assim, estão cabalmente comprovadas as agressões verbais e as condutas abusivas praticadas por parte do preposto do réu, chefe de seção e superior hierárquico do reclamante. Além disso, ficaram comprovadas as revistas íntimas constrangedoras realizadas. Dessa forma, resulta clara a violação à esfera moral do trabalhador, que deve ser indenizada.

Não obstante, com relação aos alegados danos morais em decorrência das jornadas praticadas pelo empregado, perfilho do entendimento de origem,



**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 15**

pois o excesso da jornada de trabalho é remunerada pelo deferimento de horas extras, não havendo como presumir dano à moral do trabalhador. O prejuízo sofrido pelo reclamante é de caráter nitidamente material. Não há qualquer demonstração de agressão a direitos da personalidade.

Por fim, em relação ao *quantum* indenizatório, entendo que valor arbitrado na origem, em R\$ 10.000,00 (R\$ 6.000,00 em razão das revistas íntimas e R\$ 4.000,00 devido ao assédio moral praticado nas reuniões diárias), revela-se adequado ao caso, tendo em vista diversos outros julgados neste Regional, além de atender aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, culpa e porte econômico das partes, inclusive ao intuito pedagógico da condenação, e evita, ainda, o locupletamento ilícito do ex-empregado. Indevida, portanto, a redução ou majoração do valor arbitrado.

Assim, nego provimento aos recursos.

## **2 - RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA (MATÉRIA REMANESCENTE)**

### **2.1 - CONVENÇÕES COLETIVAS APLICÁVEIS**

Em sede de embargos de declaração, o Juízo *a quo* assim decidiu (fl. 423):

*Ante a ausência, nos autos, de contrato social da Reclamada, o que impede a verificação do ramo de atuação da empresa, e considerando que os serviços foram prestados em Porto Alegre/RS (FRE fl. 89) e que o TRCT foi levado à assistência do Sindicato dos Empregados no Comércio de Porto Alegre (fl. 41), devem ser consideradas as Normas Coletivas trazidas aos autos pelo Autor às fls. 42-54. Assim, os adicionais a serem considerados no cálculo das horas extras, de segunda a sábado,*



**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 16**

*são de 50% para as duas primeiras horas extras e 100% para as horas excedentes a duas horas extras diárias.*

O reclamado não se conforma com a decisão. Assevera que é pública e notória sua atuação no ramo do comércio varejista de gêneros alimentícios, razão pela qual pugna pela aplicação dos adicionais de horas extras previstos na convenção coletiva da categoria a que pertence o autor, relativas ao Estado do Rio Grande do Sul.

Com razão.

As convenções coletivas aplicáveis são aquelas juntadas com a defesa, referentes ao comércio varejista (fls. 166 e seguintes). É incontroverso que o reclamante laborava num supermercado, estabelecimento típico do comércio a varejo. Sustentar o contrário é ir contra a natureza das coisas, como infelizmente vem se tornando usual. Observo, de outra banda, que o sindicato profissional que firma as convenções coletivas juntadas com a defesa é o de Porto Alegre, pelo que tampouco procedem as objeções do autor no que diz respeito à base territorial.

Assim, dou provimento ao recurso do reclamado para determinar a observância das normas coletivas juntadas com a defesa (fls. 166 e seguintes) no cálculo das horas extras deferidas.

## **2.2 - HORAS EXTRAS**

### **2.2.1 - Registros de jornada**

O reclamado requer o reconhecimento da validade dos registros de jornada e, por consequência, do regime compensatório.

Sem razão.





**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 17**

O contrato de trabalho perdurou de 17/11/2008 a 05/07/2010. Contudo, o reclamado apenas juntou aos autos os registros de horário até 15/09/2009 (fls. 110 a 114), não se desincumbindo satisfatoriamente do seu ônus de fazer prova da jornada de trabalho (art. 74, § 2º, da CLT). De qualquer forma, a prova testemunhal confirma que não era permitido aos funcionários registrar o efetivo horário de trabalho praticado (*"não batiam corretamente o cartão ponto"*), pois *"só poderiam registrar 8/9h diárias de trabalho"* e porque *"tinham que registrar também 1 hora de intervalo, embora não gozassem"* (fl. 374-verso).

Portanto, correta a sentença ao desconsiderar a validade dos registros de jornada colacionados aos autos, não havendo, por consequência, como admitir qualquer regime de compensação eventualmente adotado pelo reclamado.

Nego provimento.

### **2.2.2 - Jornada de trabalho**

Insurge-se o reclamado, ainda, com a jornada de trabalho fixada pela sentença, por entender *"exagerada e distante da realidade, desrespeitando o mínimo bom senso"*.

Sem razão.

Como visto, o reclamado não fez prova da carga horária do reclamante, ônus que lhe competia, a teor do que dispõe o art. 74, § 2º, da CLT. Assim, o caso enseja, de fato, o reconhecimento da jornada declinada na inicial, a qual, aliás, restou corroborada pela prova testemunhal, nesses termos:

*(...) ambos trabalhavam das 11h as 2h da manhã, por seis dias*



**ACÓRDÃO**

**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 18**

*por semana; que nas visitas e feiras, os horários eram diferenciados, das 11h as 13h do dia seguinte; que depois iam embora da loja e só voltavam a trabalhar no dia seguinte as 11h; que as feiras e visitas ocorriam um vez por mês; que também havia o inventário a cada seis meses, e o horário trabalhado era das 11h até as 13h do dia seguinte; que podiam fazer em média 20 minutos de intervalo. (fl. 374-verso)*

Desse modo, deve ser mantida a sentença que determinou o pagamento das horas excedentes a 44ª semanal, de acordo com o horário narrado na inicial, o qual foi corroborado pela prova testemunhal.

Nego provimento.

**2.2.3 - Intervalos intrajornada**

Não se conforma o reclamado com a condenação ao pagamento uma hora extra diária relativa ao intervalo para repouso e alimentação parcialmente concedido, com acréscimo de 50% e reflexos.

Merece parcial provimento.

Ao contrário do que alega o recorrente, a ausência de fruição do intervalo intrajornada não implica apenas penalidade administrativa, mas também obriga o empregador a remunerar o período correspondente com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da hora normal de trabalho, conforme previsto no art. 71, § 4º, da CLT. Ademais, constitui parcela de natureza remuneratória, sendo devidos os reflexos deferidos, na forma do entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial da SDI-I 1 nº 354 do TST.



**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 19**

Todavia, o reclamante narra na inicial que usufruía de 20 minutos de intervalo intrajornada (fl. 05), conforme reconhecido pela sentença e mantido por esta decisão. Assim, é devida a remuneração pela fração de tempo de intervalo intrajornada não gozado, ou seja, 40 minutos, acrescido dos adicionais e reflexos deferidos na sentença.

Entendo que a concessão parcial do intervalo intrajornada implica o pagamento apenas do período faltante para completar o intervalo mínimo previsto. Veja-se que o art. 71, § 4º, da CLT dispõe que é devido o período correspondente ao intervalo suprimido. Não parece lógico ser devida a mesma remuneração (de uma hora) independentemente da supressão do intervalo ser total ou parcial, sob pena de cominar a mesma penalidade para o empregador que reduziu o intervalo de seu empregado em apenas cinco minutos e aquele que o reduziu em cinquenta minutos.

Parcialmente provido, para limitar a condenação ao pagamento de 40 minutos diários de intervalo intrajornada não gozado, mantidos os demais parâmetros fixados na sentença.

### **2.3 - ADICIONAL NOTURNO**

Nos termos da sentença, *"o trabalho desenvolvido no horário compreendido entre 22h de um dia e 5h do dia seguinte é considerado como noturno, na forma do art. 73, § 2º, da CLT, sendo a hora de trabalho computada como de 52 minutos e 30 segundos, com adicional de 20% sobre a hora de trabalho em horário normal"* (fl. 381-verso). Na decisão resolutiva dos embargos de declaração o julgador, sanando omissão, deferiu adicional noturno também nas horas laboradas em continuação as 05h00, conforme o entendimento da Súmula n.º 60 do TST, com reflexos (fl.



**ACÓRDÃO**

**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**FI. 20**

424).

Recorre o reclamado. Aduz que toda a jornada de trabalho era registrada nos controles de ponto e, quando o reclamante laborou em jornada noturna, teve corretamente adimplido o valor do adicional noturno, assim como foi observada a hora noturna reduzida. Não se conforma, ainda, com a condenação ao pagamento do adicional em relação às horas noturnas prorrogadas a partir das 5h00.

Sem razão.

Considerando a invalidação dos registros de horário colacionados aos autos e o acolhimento das jornadas declinadas na inicial, é evidente a existência de diferenças de adicional noturno em favor do reclamante. A reclamada deve pagar ao reclamante o adicional noturno sobre as horas laboradas a partir das 22 horas, inclusive após as 5 horas do dia seguinte. Segundo a dicção do art. 73, § 5º, da CLT *às prorrogações do trabalho noturno aplica-se o disposto neste capítulo (seção IV - Do Trabalho Noturno - do capítulo II - Da Duração do Trabalho)*. A correta interpretação deste dispositivo é dada pela Súmula nº 60, item II, do TST, assim sintetizada: *Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, § 5º, da CLT.*

Nego provimento.

## **2.4 - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS**

Irresigna-se o reclamado com a condenação ao pagamento do PLR relativos aos anos de 2008 a 2010, em valor equivalente a 3 vezes a maior remuneração percebida pelo reclamante nos respectivos anos. Aduz que,



**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 21**

*"levando-se em consideração as normas estabelecidas no PPR e o fato que a ex-empregada não requereu o pagamento, equivocada a sentença"* (fl. 408-verso).

Sem razão.

Na peça de defesa, o reclamado não nega a existência de Plano de Participação nos Lucros e Resultados. Ademais, extrai-se das razões recursais do reclamado que havia normas que estabeleciam o PPR. E, pelo princípio da aptidão do ônus da prova, cabia-lhe trazer aos autos os documentos relativos ao PLR, assim como demonstrar que, eventualmente, o autor não preenchia os requisitos necessários à obtenção do benefício, ônus do qual não se desincumbiu. Ademais, também não impugnou o valor informado pelo reclamante na inicial, nem tampouco evidências de que a parcela tenha sido paga ao longo do contrato de trabalho.

Portanto, nego provimento.

## **2.5 - BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE**

O reclamado não se conforma, ainda, com a determinação de observância do salário base do reclamante para o cálculo do adicional de insalubridade. Requer a reforma da sentença para que seja determinado que a base de cálculo do adicional de insalubridade deferido é o salário mínimo nacional.

Com razão.

Devem ser ponderados os termos da Súmula Vinculante nº 4 do STF, que assim dispõe: *"Salvo os casos previstos na Constituição Federal, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por*



**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 22**

*decisão judicial".*

Em decorrência da edição de tal Súmula, o TST procedeu ao cancelamento da Súmula nº 17, em 04/07/2008, que contava com o seguinte texto: "*O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado*".

E, na mesma ocasião, deu nova redação à Súmula nº 228, para definir que o salário básico do trabalhador deveria ser utilizado como base de cálculo do adicional de insalubridade, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo. Posteriormente, nos autos da Reclamação ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, concedeu liminar suspendendo a aplicação da Súmula nº 228 do TST, na parte em que permite a utilização do salário básico para cálculo do adicional de insalubridade. Portanto, hoje, não existe jurisprudência no âmbito do TST que defina a base de cálculo do adicional de insalubridade.

Nesse contexto, tem-se que a definição dos critérios de cálculo do adicional de insalubridade depende de lei. Todavia, à míngua desta norma e em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal/88), resta aplicável o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Dou provimento parcial ao recurso ordinário do reclamado para determinar que o adicional de insalubridade deferido seja calculado sobre o salário mínimo nacional.

## **2.6 - MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT**



**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 23**

Irresigna-se o reclamado com a condenação ao pagamento da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT. Sustenta que as verbas rescisórias foram satisfeitas dentro do prazo legal e invoca a aplicação da Súmula n.º 330 do TST.

Sem razão.

O Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho - TRCT (fl. 41) comprova que a despedida imotivada ocorreu em 05/07/2010, com o aviso prévio na forma indenizada, e que o reclamado somente efetuou o pagamento das verbas rescisórias em 23/08/2010, ou seja, fora do prazo previsto no art. 477, § 6º, alínea *b*, da CLT, atraindo a aplicação da multa prevista no § 8º do mesmo artigo.

Ainda, descabida a invocação da Súmula n.º 330 do TST, que trata de quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador. Até mesmo porque a Súmula é expressa no sentido de que somente é válida a quitação passada pelo empregado "*com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT*", o que, como visto, não é o caso.

Nego provimento.

**2.7 - REFLEXOS DO PLUS SALARIAL**

A recorrente aduz que não deve prevalecer a condenação aos reflexos de *plus salarial* deferidos.

Mantida a condenação de pagamento de *plus salarial* (pedido principal), mantém-se, igualmente, a condenação afeta aos reflexos (acessório).

Nego provimento.



**ACÓRDÃO**

**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 24**

**2.8 - FGTS SOBRE AS PARCELAS DEFERIDAS**

Acreditando no sucesso da sua insurgência no tocante à condenação em parcelas de natureza remuneratória, a recorrente postula a exclusão da condenação ao pagamento de reflexos em FGTS, pois acessória em relação ao principal que entende indevido.

Sem razão.

Mantida a condenação em verbas de natureza remuneratória que geram reflexos em FGTS, inexistente reforma a ser deferida.

Nego provimento, portanto.

**3 - RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE (MATÉRIA REMANESCENTE)**

**REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS NAS COMISSÕES**

O reclamante requer que as comissões recebidas integrem a base de cálculo das horas extras, adicional noturno, adicional de periculosidade e PLR deferidos ou, sucessivamente, pede o reflexo das comissões nestas parcelas.

Não parece muito clara a insurgência recursal. O autor, em suas razões, faz menção ao pedido "c.6" da inicial, por meio do qual postulou reflexos das horas extras em comissões. No entanto, postula a reforma da sentença para que as comissões recebidas integrem a base de cálculo das horas extras, adicional noturno, adicional de periculosidade e PLR deferidos ou, sucessivamente, pede o reflexo das comissões nestas parcelas.

Saliento que a sentença não excluiu as comissões da base de cálculo das horas extras e do adicional noturno deferido. Logo, nesse aspecto, falta





**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 25**

interesse recursal ao reclamante. Eventual discussão sobre as parcelas a serem consideradas na base de cálculo das verbas deferidas deve ser apreciada na fase de liquidação de sentença.

Quanto ao PLR, este já foi deferido sobre a remuneração do empregado, de modo que não há interesse recursal também nesse ponto. Já o adicional de periculosidade deve ser calculado sobre o salário básico do autor, nos termos do § 1º do artigo 193 da CLT e da Súmula n.º 191 do TST.

De outra banda, verifico que o pedido sucessivo, de reflexos das comissões em horas extras, adicional noturno, adicional de periculosidade e PLR, é também inovatório, porquanto não formulado na inicial e não apreciado na origem. Aliás, não há pedido de diferenças de comissões postulado que possa implicar reflexos naquelas parcelas. Logo, não merece ser analisado o pedido sucessivo do recorrente, pois inovatório.

Por fim, considerando a denominação atribuída pelo autor ao tópico ("reflexo das horas extras nas comissões") e as razões recursais no sentido de que *"de forma equivocada, a eminente magistrada indeferiu os pedidos autorais sob o fundamento de inexistência de amparo legal"* (fl. 435, a carmim), concluo que o autor não concorda com a decisão resolutória do embargos de declaração na qual a julgadora esclareceu que *"Não foram deferidos reflexos de horas extras nas comissões, por falta de amparo legal"* (fl. 423). O pleito de reflexos das horas extras nas comissões, entretanto, não merece provimento, pois as comissões integram o salário do empregado (§ 1º do artigo 457 da CLT) e, assim, compõem a base de cálculo das horas extras (Súmula n.º 264 do TST), de modo que reflexos destas parcelas naquelas resultariam em inevitável e evidente *bis in idem*.



**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 26**

Pelo exposto, nada a prover.

**DESEMBARGADORA IRIS LIMA DE MORAES:**

**2 - RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA (MATÉRIA REMANESCENTE)**

**2.2.3 - Intervalos intrajornada**

Divirjo do voto condutor, no particular.

O intervalo mínimo intrajornada previsto no art. 71 da CLT, calcado em norma de ordem pública que visa à preservação da higidez física e mental do trabalhador, configura direito indisponível. A partir dessa legislação de caráter imperativo, cuja finalidade é também pedagógica e sancionadora, concludo que o reiterado descumprimento da norma tuitiva inscrita no artigo 71 da CLT impõe o pagamento integral do tempo mínimo tido pelo legislador como necessário à preservação da saúde do trabalhador e não apenas os minutos faltantes.

Além disso, este é o entendimento exposto na recente Súmula 437 do C. TST, em seu item I, *in verbis*:

**SÚMULA N.º 437. INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais n.os 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1)**

*I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, **implica***



**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 27**

*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, impõe-se o pagamento integral do tempo mínimo tido pelo legislador como necessário à preservação da saúde do trabalhador. Nego provimento.

### **2.3 - ADICIONAL NOTURNO**

Dirirjo do voto condutor, no aspecto.

Conforme o art. 73 da CLT, o trabalho noturno será remunerado com um acréscimo sobre a hora diurna de pelo menos 20%, sendo noturno o "trabalho executado entre as 22 horas de um dia e às 5 horas do dia seguinte". O § 5º deste artigo prevê, outrossim, para a hipótese de prorrogação do trabalho noturno, a aplicação das normas de que trata o Capítulo em que está inserido (Da Duração do Trabalho, tais como limites da jornada, intervalos, trabalho extraordinário e noturno), de forma que a aplicabilidade do capítulo à prorrogação da jornada noturna se refere aos limites, intervalos e repousos das jornadas, e não ao adicional de 20% sobre as horas prorrogadas.

Portanto, havendo prorrogação de trabalho após o período noturno, será adotado o regime das horas diurnas, não incidindo o pagamento do adicional noturno sobre as horas laboradas após as cinco da manhã, nem a



**ACÓRDÃO**

**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 28**

redução estabelecida no § 1º do art. 73 da CLT.

Dou provimento ao recurso para absolver a reclamada da condenação ao pagamento das diferenças de adicional noturno, pela consideração das horas laboradas em prorrogação ao trabalho noturno e reflexos.

**2.5 - BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE**

Divirjo do voto condutor no que concerne à base de cálculo do adicional de insalubridade. Adoto como referencial de cálculo do adicional de insalubridade o salário-base contratual previsto no art. 193, § 1º, da CLT, o salário-base contratual a teor do disposto no art. 193, § 1º, da CLT.

Este entendimento está calcado na regra de hermenêutica, segundo a qual, onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito, vale dizer, casos idênticos regem-se por idênticas disposições legais. Acresça-se que o salário contratual é referência para todas as parcelas que emergem do contrato de emprego, assim, v.g., consideração de seu correspondente valor/hora para quantificação da jornada suplementar, quantificação do adicional de horas extras, hora reduzida, hora noturna, hora de sobreaviso, gratificação de natal, férias. Não se justifica, com efeito, à luz de interpretação sistemática e teleológica das normas que orientam e disciplinam os institutos ora referidos, se adote outra base de cálculo para o adicional de insalubridade, máxime considerando que na mesma Seção XIII do Capítulo V da CLT, voltado para a tutela da higidez física e mental do trabalhador, localiza-se norma estabelecendo o salário contratual para o cálculo do adicional de periculosidade.

Nego provimento.



**ACÓRDÃO**  
**0000119-52.2011.5.04.0029 RO**

**Fl. 29**

**JUIZA CONVOCADA LAÍS HELENA JAEGER NICOTTI:**

**2 - RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA (MATÉRIA  
REMANESCENTE)**

**2.2.3 - Intervalos intrajornada**

Acompanho o voto condutor.

**2.3 - ADICIONAL NOTURNO**

Acompanho o voto condutor.

**2.5 - BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE**

Acompanho o voto condutor.

---

**PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:**

**JUIZ CONVOCADO JOSÉ CESÁRIO FIGUEIREDO TEIXEIRA  
(RELATOR)**

**DESEMBARGADORA IRIS LIMA DE MORAES**

**JUIZA CONVOCADA LAÍS HELENA JAEGER NICOTTI**