



PROCESSO N° TST-RR-1276-71.2012.5.04.0305

A C Ó R D ã O
(8ª Turma)
GDCJPS/tb/rom

**RECURSO DE REVISTA - RITO SUMARÍSSIMO -
FÉRIAS PROPORCIONAIS - JUSTA CAUSA -
PAGAMENTO INDEVIDO - SÚMULA N° 171 DO
TST**

Resultando incontroversa nos autos a dispensa por justa causa, não é devido o pagamento das férias proporcionais, acrescidos do terço constitucional.

**REGIME DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA - 12x
36 - ACORDO INDIVIDUAL - INVALIDADE**

É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho. Inteligência da Súmula n° 444 do TST.

Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-1276-71.2012.5.04.0305**, em que é Recorrente **DANUBIA GHIGGI DA SILVA & CIA LTDA - ME** e Recorrida **FATIMA TEREZINHA VOGT**.

O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, em acórdão de fls. 362/370, complementado pelos de fls. 388/392 e 406, deu parcial provimento ao Recurso Ordinário das partes.

A Reclamada interpõe Recurso de Revista às fls. 412/419.

Despacho de admissibilidade, às fls. 444/445.

Sem contrarrazões (certidão às fls. 449).

Dispensada a remessa dos autos ao D. Ministério Público do Trabalho, nos termos regimentais.

É o relatório.



PROCESSO N° TST-RR-1276-71.2012.5.04.0305

V O T O

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade, passo ao exame dos intrínsecos.

I - FÉRIAS PROPORCIONAIS - JUSTA CAUSA - PAGAMENTO INDEVIDO - SÚMULA N° 171 DO TST

a) Conhecimento

O Eg. Tribunal Regional deu provimento ao Recurso Ordinário da Reclamante para condenar a Reclamada ao pagamento das férias proporcionais, aos seguintes fundamentos:

1. DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA.

O MM. Juiz julgou improcedente a ação quanto às parcelas decorrentes da despedida imotivada, por entender correto o procedimento da demandada em despedir a recorrente por justa causa, tendo em vista a pena de confissão ficta aplicada à recorrente e conseqüente presunção de veracidade dos fatos alegados na contestação, no sentido de que houve excesso de violência empregada pela recorrente nos cuidados de um idoso, suficientemente graves a ensejar a ruptura contratual por justa causa.

O recurso tangencia o não conhecimento, por ausência de razões de ataque à sentença. Isso porque as razões recursais tratam-se de simples cópia da manifestação sobre a defesa (fls. 67/71), não havendo, por exemplo, uma só linha no recurso quanto às razões de decidir no sentido de presumir verídicos os fatos alegados na contestação, face à pena de confissão ficta aplicada à recorrente.

De qualquer sorte, a decisão não comporta reforma, uma vez que, como dito, não há recurso quanto à pena de confissão ficta aplicada à recorrente (fl. 130), devendo-se presumir verdadeiros os fatos alegados na contestação, de que o idoso "(...) estava todo amarrado na cama, com diversos hematomas e machucados nas mãos, havendo, ainda, sinais de sangue na parede, grade da cama e lençóis (vide fotografias anexas). O referido idoso também estava todo urinado, tanto sua roupa, como os lençóis e até o cobertor. (...) Foram utilizadas medidas de contenção excessivas e desnecessárias ao citado idoso, com emprego de força física exagerada e violenta. Tanto os seus dois pulsos, como seus dois tornozelos



PROCESSO Nº TST-RR-1276-71.2012.5.04.0305

foram amarrados nas grades da cama com muita força e sem uma folga mínima, necessitando serem cortadas as ataduras para o que pudessem ser soltos os seus membros. O referido idoso também fora amarrado o peito, nas pernas e nas virilhas, ficando imobilizado e em posição desconfortável no leito durante toda a noite. (...) As imagens denunciam, inclusive, que por mais de uma ocasião foi colocado o travesseiro no rosto do idoso, bem como as roupas de cama, atitude desumana que, obviamente, apenas o deixava em total estado de agonia e desespero." (fl. 25 - sublinhado no original).

Tal presunção de veracidade é relativa, elidível por prova em contrário, mas, no caso dos autos, não foi produzida prova apta a infirmar a aludida presunção. Ao contrário, consoante cópias do inquérito policial instaurado em face da recorrente (fls. 76/122), alusivo aos fatos em questão, a autoridade policial, após a oitiva da recorrente e de quatro testemunhas, além da realização de exame de corpo de delito, concluiu por indiciar a recorrente, nos seguintes termos: "*Diante do exposto, com base no conjunto dos autos entendo ter havido excesso no tratamento dispensado pelas acusadas quando da contenção da Vítima, bem como humilhação psicológica eis que deixaram-no com fralda, roupa, lençóis e cobertores encharcados de urina e sujos de sangue por toda a noite, bem como não ter havido justificativa plausível para as lesões geradas na mão direita, motivo pelo qual indício (...) e FÁTIMA TEREZINHA VOGT, nascida e, 15/12/1963, filha de Osmar Pedro Vogt e Terezinha Evanir Duarte pela prática do crime previsto no art. 99 da Lei nº 10.741/03." (sic, fl. 119).*

Assim, tal como o MM. Juiz de origem, entendo que os fatos em comento, que também presumo verdadeiros, são gravíssimos e ensejam a despedida por justa causa a que procedeu a demandada.

Entretanto, não obstante a justa causa para a despedida, a recorrente tem direito às férias proporcionais, entendendo-as devidas, na medida em que a finalidade das férias é a recomposição física e biológica do empregado, de modo que, qualquer que seja a forma de extinção do contrato de trabalho, o trabalhador tem direito ao pagamento proporcional ao período não usufruído, nos termos do inciso XVII do art. 7º da CF e do art. 11 da Convenção 132 da OIT (ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 3.197/99), norma esta mais favorável ao empregado despedido por justa causa do que aquela prevista no parágrafo único do art. 146 da CLT. Nesse norte, inclusive, é o teor do item III do enunciado 21 aprovado, em 23.11.2007, na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho: "*FÉRIAS. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO 132 DA OIT. (...) III - Qualquer que seja a causa de extinção do contrato de trabalho serão devidas férias proporcionais*" - informação extraída do site da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) na internet (www.anamatra.org.br). Assim, não acompanho o entendimento vertido na súmula 171 do TST naquilo que excetua o direito às férias proporcionais aos empregados despedidos por justa causa. No caso, considerado o período do contrato de trabalho (01.08.2012 a 25.09.2012), a recorrente tem direito a 02/12 de férias proporcionais, acrescidas de 1/3 Dou parcial provimento ao recurso para



PROCESSO N° TST-RR-1276-71.2012.5.04.0305

condenar a ré ao pagamento de 02/12 de férias proporcionais com 1/3.
(fls. 364/367)

A Recorrente aduz que a dispensa por justa causa elide a percepção de férias proporcionais acrescidas do terço constitucional. Aponta violação ao artigo 146, parágrafo único, da CLT e contrariedade à Súmula n° 171 do TST.

Esta Eg. Corte já pacificou o entendimento de que a dispensa por justa causa não enseja o pagamento de férias proporcionais. É o que preconiza a Súmula n° 171, *in verbis*:

FÉRIAS PROPORCIONAIS. CONTRATO DE TRABALHO. EXTINÇÃO.
Salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 (doze) meses (art. 147 da CLT). (destaquei)

Limitado o pagamento da referida parcela somente à hipótese de dispensa sem justa causa, exclui-se, por consequência, a condenação na hipótese dos autos, em que restou incontroversa a despedida motivada. Nesse sentido tem-se firmado a jurisprudência desta Corte. Confira-se:

RECURSO DE REVISTA. 1. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL. A regularidade da dispensa por justa causa exime o empregador do pagamento do décimo terceiro salário proporcional, nos termos do art. 3° da Lei n° 4.090/62. Recurso de revista conhecido e provido. (...) (RR-581-91.2010.5.04.0401, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 1°/7/2011)

RECURSO DE REVISTA. GRATIFICAÇÃO NATALINA. PAGAMENTO PROPORCIONAL. JUSTA CAUSA. Não há falar em violação do art. 3° da Lei 4.090/62, que trata do pagamento da gratificação natalina na rescisão sem justa causa, situação distinta da dos autos, em que debatido o direito ao 13° proporcional na hipótese de rescisão por justa causa. (...) (RR-13700-18.2008.5.04.0231, 3ª Turma, Relatora Ministra Rosa Maria Weber, DEJT 10/06/2011)

(...) **DISPENSA POR JUSTA CAUSA. PAGAMENTO DO 13° SALÁRIO PROPORCIONAL.** A dispensa por justa causa exime o empregador do pagamento do 13° salário proporcional, nos termos da Lei n° 4.090/62, regulamentada pelo Decreto n° 57.155/65 (...). Recurso de revista conhecido e



PROCESSO N° TST-RR-1276-71.2012.5.04.0305

provido. (RR-132400-04.2008.5.04.0020, 6ª Turma, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 28/1/2011)

Conheço, por contrariedade à Súmula n° 171 do TST.

b) Mérito

Conhecido o Recurso de Revista por contrariedade a súmula desta Corte, **dou-lhe provimento** para excluir da condenação o pagamento das férias proporcionais.

II - HORAS EXTRAS - REGIME DE COMPENSAÇÃO

a) Conhecimento

O Tribunal Regional deu parcial provimento ao Recurso Ordinário da Reclamante aos seguintes fundamentos:

2. HORAS EXTRAS.

O MM. Juiz, entendendo válido o regime de compensação - 12 x 36 - adotado pela ré, porquanto previsto em norma coletiva, e diante da ausência de alegação de labor além da 12ª hora diária, julgou improcedente a ação quanto às horas extras.

A decisão comporta reforma.

Não há controvérsia quanto ao fato de que foi adotado o regime de compensação de horário conhecido como "12x36", no qual o empregado trabalha doze horas e frui de 36 horas de descanso. Entendo válido, quando amparado em norma coletiva, dito sistema compensatório, sendo nesse sentido a súmula 444 do TST ("*JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.*"), a qual adoto.

No caso, tal como aduz a recorrente na manifestação sobre a defesa, e novamente em recurso, a norma coletiva trazida aos autos não lhe é aplicável, porquanto dizente com acordo coletivo do qual a demandada não participou, mas tão somente firmado pela Instituição de Amparo e



PROCESSO N° TST-RR-1276-71.2012.5.04.0305

Assistência ao Idoso e Sindicato dos Trabalhadores em Hospitais e Casas de Saúde de Novo Hamburgo (fls. 49/57).

Entendo insuficiente a conferir validade a tal regime de compensação o simples ajuste individual (no caso, há cláusula inserta no contrato de trabalho - cláusula 3ª - prevendo compensação de horário - fl. 31), razão pela qual entendo nulo o sistema compensatório adotado pela ré.

Em tal circunstância, faz jus a recorrente ao pagamento de horas extras, assim consideradas as excedentes da 8ª hora e até à 12ª hora diária, a serem apuradas de acordo com os cartões-ponto da recorrente. Em relação aos controles de horário, foi trazido o cartão ponto de agosto de 2012 (fl. 48) e, considerando-se a duração do contrato de trabalho (de 01.08.2012 a 25.09.2012), somente resta ausente o cartão-ponto de setembro de 2012, o qual se faculta à demandada trazer aos autos em liquidação de sentença ou, em não o fazendo, deverá ser observada a jornada das 17h45min às 05h45min, de segunda a sexta-feira e um feriado laborado no aludido mês.

São devidos reflexos, face à natureza remuneratória e à habitualidade da parcela, em 13ºs salários, férias com 1/3, feriados trabalhados, além de diferenças de 13º salário e de férias pelo aumento da média remuneratória decorrente da integração das horas extras nos repousos semanais remunerados. Indevidos reflexos em domingos, tendo em vista que, ao contrário dos feriados, tais dias de repouso estão automaticamente compensados pelas folgas próprias do sistema compensatório 12 x 36 a que submetida a recorrente (consoante a súmula 444 do TST acima transcrita). Ainda, não são devidos reflexos ou diferenças de aviso-prévio, parcela indevida à recorrente, tendo-se em conta que a despedida se deu por justa causa.

Dou parcial provimento ao recurso para condenar a ré ao pagamento de horas extras, assim consideradas as excedentes da 8ª hora e até à 12ª hora diária, a serem apuradas de acordo com os cartões-ponto - facultando-se à ré trazer aos autos, em liquidação de sentença, o cartão-ponto de setembro de 2012 e, na ausência deste, deverá ser observada a jornada das 17h45min às 05h45min, de segunda a sexta-feira e um feriado laborado no aludido mês -, com adicional de 50% e reflexos em 13ºs salários, férias com 1/3 e feriados trabalhados, além de diferenças de 13º salário e de férias pelo aumento da média remuneratória decorrente da integração das horas extras nos repousos semanais remunerados. (fls.367/369)

A Recorrente sustenta a validade do acordo individual para compensação da jornada. Aponta contrariedade à Súmula n° 85, I e II, do TST.

O art. 7º, XIII, da Constituição prevê que a duração máxima do trabalho é de 8 horas diárias e 44 semanais, facultadas a



PROCESSO N° TST-RR-1276-71.2012.5.04.0305

compensação de horários e a redução de jornada, desde que previstas em acordo ou convenção coletiva. Eis a redação do dispositivo:

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, **mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;** (grifei)

O art. 59 da CLT, por sua vez, dispõe quanto à forma de celebração do acordo para a ampliação da jornada normal de trabalho, podendo ser individual ou coletiva, **limitada ao máximo de duas horas**, totalizando quantidade não excedente de 10 horas diárias. Este, o teor:

Art. 59 - A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

Todavia, quanto à negociação acerca do regime de jornada de 12 x 36, por se tratar de jornada que excede o limite de duas horas suplementares previsto no art. 59 da CLT, faz-se necessária a participação da entidade sindical no ajuste, em observância ao artigo 7º, XIII, da Constituição.

A jurisprudência do TST firmou-se no sentido de que a validação do regime de compensação 12 x 36 depende, necessariamente, da previsão em lei ou ajuste mediante norma coletiva. Este, o teor da Súmula n° 444:

JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. - RES. 185/2012, DEJT DIVULGADO EM 25, 26 E 27.09.2012 - É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, **prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho,** assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas. (grifei)

Uma vez evidenciada a ausência de previsão legal ou em instrumento normativo, não há como considerar válido o regime compensatório.

Nesse sentido, confirmam-se precedentes:



PROCESSO Nº TST-RR-1276-71.2012.5.04.0305

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. REGIME DE TRABALHO 12X36 HORAS. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO MEDIANTE NORMA COLETIVA. Demonstrada violação ao art. 7º, XIII, da Constituição Federal, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. B) RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. REGIME DE TRABALHO 12X36 HORAS. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO MEDIANTE NORMA COLETIVA. INVALIDADE. EFEITOS. O entendimento pacificado desta corte é de que o regime de compensação 12x36 apenas é válido se entabulado mediante negociação coletiva. Ausente a referida forma, no caso vertente, impõe-se o reconhecimento de invalidade da adoção do regime de trabalho em escalas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso, para condenar a reclamada ao pagamento de horas extras, assim consideradas as que ultrapassarem a jornada semanal normal e, quanto àquelas horas destinadas à compensação, deverá ser pago apenas o respectivo adicional. Recurso de revista conhecido e provido, no particular. C) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. HORAS EXTRAS. REGIME DE TRABALHO 12X36 HORAS. Prejudicada a análise do agravo de instrumento interposto pela reclamada. (ARR-92800-42.2008.5.15.0093, 8ª Turma, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DEJT de 5/10/2012)

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. INCENTIVO AO ATENDIMENTO NOTURNO. Não evidenciadas as violações constitucionais manejadas, não prospera o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. II - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. 1. HORAS EXTRAS. REGIME DE TRABALHO 12X36. PREVISÃO APENAS EM DELIBERAÇÃO DA REITORIA. A jurisprudência desta Corte Superior consolidou o entendimento de que é válido o regime de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, desde que pactuado em negociação coletiva. Assim, diante da ausência de norma coletiva, não há como considerar válido o mencionado regime, autorizado apenas por deliberação da reitoria. Recurso de revista conhecido e provido. 2. JORNADA DE TRABALHO. SERVIDOR PÚBLICO. DETERMINAÇÃO DE RETORNO À JORNADA ANTERIORMENTE CONTRATADA. -O retorno do servidor público (administração direta, autárquica e fundacional) à jornada inicialmente contratada não se insere nas vedações do art. 468 da CLT, sendo a sua jornada definida em lei e no contrato de trabalho firmado entre as partes.- (OJ nº 308 da SBDI-1/TST). Recurso de revista não conhecido. 3. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO-MÍNIMO. Na dicção da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, “salvo nos casos previstos na Constituição, 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 decisão judicial.- Combatida a Súmula 228 desta Casa, a Corte Maior decidiu” que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou de convenção coletiva- (Medida Cautelar em Reclamação Constitucional nº 6.266/DF, Ministro Gilmar Mendes). Não há outra senda possível ao trânsito, sendo esta a solução que o



PROCESSO Nº TST-RR-1276-71.2012.5.04.0305

caso evoca. Recurso de revista não conhecido. (ARR-104900-48.2009.5.15.0043, 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT de 3/4/2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL NOTURNO - INCENTIVO AO ATENDIMENTO NOTURNO (ART. 896, -B-, DA CLT E SÚMULA 126/TST). INTERVALO INTRAJORNADA (OJ'S 307 E 354/TST). JORNADA ESPECIAL (12X36 E 12x 60 HORAS). INEXISTÊNCIA DE NORMA COLETIVA. REGIME COMPENSATÓRIO. SÚMULA 85/III/TST. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. No caso específico de jornadas especiais 12x36 e 12X60, é condição indispensável a existência de negociação coletiva prévia (acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva), contemplando expressamente a compensação da jornada para aqueles empregados que trabalhem em escala de 12 horas de serviço por 36 ou 60 de descanso, conforme entendimento desta Corte. Assim, não havendo o cumprimento de tal formalidade, aplica-se o disposto na Súmula 85, III/TST. Agravo de instrumento desprovido." (ARR-92100-51.2008.5.15.0001, 6ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT de 03/4/2012)

RECURSO DE REVISTA. ESCALA 12 X 36. PRESTAÇÃO HABITUAL DE HORAS EXTRAS. INVALIDADE DO ACORDO DE COMPENSAÇÃO. 1. Hipótese o Tribunal Regional entendeu que -as horas extras, ainda que habituais, não invalidam o regime 12x36, pois este não se caracteriza como acordo de compensação de trabalho, mas, sim, de regime diferenciado de horário de trabalho, haja vista que não tem como objetivo eliminar o labor aos sábados e nem está sujeito ao limite de dez horas (artigo 59 da CLT)- (fl.411). 2. Tal posicionamento é contrário à jurisprudência pacificada nesta Corte Superior, consubstanciada na primeira parte do item IV da Súmula 85/TST, segundo a qual -A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada-. 3. Assim, à luz do referido verbete, as horas laboradas além do regime compensatório deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas laboradas além da oitava diária e destinadas à compensação, deverá ser pago apenas o adicional por trabalho extraordinário. Precedentes.

Recurso de revista conhecido e provido. (RR-1093-70.2012.5.09.0658, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 7/2/2014)

Diante do exposto, não há como divisar contrariedade à Súmula nº 85, desta Corte.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista, Firmado por assinatura eletrônica em 12/11/2014 pelo Sistema de Informações Judiciárias do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006.



PROCESSO N° TST-RR-1276-71.2012.5.04.0305

por contrariedade à Súmula n° 171 do TST, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento das férias proporcionais; dele não conhecer quanto ao outro tema.

Brasília, 12 de novembro de 2014.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei n° 11.419/2006)

JOÃO PEDRO SILVESTRIN
Desembargador Convocado Relator