



PROCESSO N° TST-RR-276-98.2010.5.05.0007

A C Ó R D ã O
2ª Turma
GMJRP/pr

TRANSCENDÊNCIA.

A regulamentação do artigo 896-A da CLT, que trata do princípio da transcendência, ainda não foi procedida por esta Corte, razão pela qual ainda não é exigível a demonstração da transcendência como requisito necessário para a admissibilidade do recurso de revista.

Recurso de revista **não conhecido** neste tema.

INTERVALO INTRAJORNADA. ÔNUS DA PROVA.

Inicialmente, constata-se que a controvérsia trazida ao debate não se resolve à luz dos artigos 333, inciso I, do CPC e 818 da CLT, porquanto, não se discute, no caso, a distribuição do ônus da prova. Além disso, é inconteste que o Tribunal Regional, apoiado nas provas dos autos, mormente a testemunhal, concluiu que a autora não usufruía de uma hora de descanso intrajornada, não havendo falar em ausência de prova do direito vindicado pelo autor, estando intactos os artigos 333, inciso I, do CPC e 818 da CLT. Cumpre salientar que somente é importante perquirir a quem cabe o ônus da prova quando não há prova de fato controvertido nos autos, arguido por qualquer das partes. Assim, uma vez que esse ficou efetivamente provado, conforme asseverou o Tribunal Regional, é irrelevante o questionamento sobre a quem caberia fazer a prova.

Recurso de Revista **não conhecido.**

SOBREAVISO. USO DE APARELHO CELULAR.

A Corte regional entendeu ser devido o pagamento das horas em sobreaviso, em razão do depoimento do preposto e da



PROCESSO N° TST-RR-276-98.2010.5.05.0007

testemunha, de que a reclamante era acionada pela reclamada fora do horário de expediente, dando suporte pelo telefone e, em outros momentos, se deslocando para a sede da empresa. Do teor da Súmula n° 428 do TST, verifica-se que o mero uso de aparelho celular, por si só, não caracteriza o sobreaviso, devendo haver a comprovação de que o empregado, de fato, estava à disposição do empregador. Na hipótese em comento, a Corte regional consignou claramente que a reclamante era contatada por meio de telefone celular em sua residência com certa frequência, podendo, inclusive, ter que se deslocar para prestar serviço na reclamada no período noturno, motivo pelo qual se mostram presentes os elementos caracterizadores do regime de sobreaviso de que trata o art. 244, § 2° da CLT.

Recurso de revista **não conhecido.**

ADICIONAL DE RISCO PORTUÁRIO.

A questão trazida a debate diz respeito à possibilidade ou não de extensão do adicional de risco portuário ao trabalhador avulso que presta serviços a portos privativos. Recentemente, a SBDI-1 decidiu ser indevido o pagamento de adicional de risco aos trabalhadores portuários avulsos. Considerando que as operações portuárias passaram a ser executadas por terminais privados, e que os empregados desses não recebem o adicional de risco, em observância ao propalado princípio da isonomia, entendeu-se que a parcela não se estende aos trabalhadores avulsos. Nestes termos, dispõe a Orientação Jurisprudencial n° 402 da SBDI-1 do TST, *in verbis*: "ADICIONAL DE RISCO. PORTUÁRIO. TERMINAL PRIVATIVO. ARTS. 14 E 19 DA LEI N.º 4.860, DE 26.11.1965. INDEVIDO. O adicional de risco previsto no artigo 14 da Lei n° 4.860,



PROCESSO N° TST-RR-276-98.2010.5.05.0007

de 26.11.1965, aplica-se somente aos portuários que trabalham em portos organizados, não podendo ser conferido aos que operam terminal privativo” .

Recurso de revista **conhecido e provido**.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-276-98.2010.5.05.0007**, em que é Recorrente **TECON SALVADOR S.A.** e Recorrido **ANA MÁRCIA TELLES BONFIM LAGO**.

O Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, mediante o acórdão de fls. 769-782, deu provimento parcial ao recurso ordinário interposto pelo reclamante e negou provimento ao recurso apresentado pela reclamada.

Foram interpostos embargos de declaração, aos quais foi negado provimento, nos termos da decisão às fls. 815-818.

Inconformada, a reclamada interpõe recurso de revista, às fls. 829-883, com fundamento no artigo 896, alíneas "a" e "c", da CLT.

O recurso de revista foi admitido por meio do despacho exarado às fls. 895-897.

Contrarrazões foram apresentadas, nos termos da petição às fls. 901-931.

Não houve remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 93 do RITST.

É o relatório.

V O T O

Inicialmente, ressalta-se que se trata de processo eletrônico e todas as folhas mencionadas neste voto encontram-se na sequencial 01.

1. TRANSCENDÊNCIA

CONHECIMENTO



PROCESSO N° TST-RR-276-98.2010.5.05.0007

A reclamada, em suas razões de recurso de revista, com o objetivo de evitar dúvidas a respeito do cabimento do apelo, esclarece que a matéria discutida sobre a aplicação do adicional de risco, previsto no art. 14 da Lei n° 4.860/65, aos empregados de portos privados, oferece transcendência, por não se tratar de questão pacificada nos Tribunais Regionais.

Entretanto, a regulamentação do artigo 896-A da CLT, que trata do princípio da transcendência, ainda não foi procedida por esta Corte, razão pela qual ainda não é exigível a demonstração da transcendência como requisito necessário para a admissibilidade do recurso de revista.

Diante do exposto, **não conheço** do recurso de revista neste tema.

2. INTERVALO INTRAJORNADA. ÔNUS DA PROVA

CONHECIMENTO

Quanto ao tema, a decisão do Tribunal a quo foi fundamentada nos seguintes termos:

“DAS HORAS EXTRAS E DO INTERVALO INTRAJORNADA

Pugna a recorrente pela reforma da decisão de origem que, ao considerar corretos os apontamentos do controle de ponto, indeferiu o pleito de horas extras, conforme peticionado.

Aduz que a prova dos autos corrobora a tese inicial, pelo que é forçoso reputar inválido o controle de jornada.

Vejamos.

Primeiramente, registro que, diferentemente do quanto aduzido pela recorrente, os cartões de ponto juntados pela empresa (fls.151/190) não possuem marcação invariável da jornada.

Ademais, o testigo trazido pela própria demandante assim afirmou:

‘que assinava as folhas de ponto ao final do mês, sendo ponto eletrônico, que essas folhas eram conferidas pelo reclamante, retratando a sua efetiva jornada de trabalho, exceto com relação ao intervalo, já usufruía de no máximo 30min e nos espelhos de ponto, constava o mínimo de 1h; que a reclamante também tinha até 30min para almoço; que as folhas de ponto eram registradas corretamente na entrada e na saída; que a reclamante também fazia uso de cartão eletrônico.’ (grifei)



PROCESSO N° TST-RR-276-98.2010.5.05.0007

Destarte, compulsando os autos, mais precisamente os contracheques, em confronto com os cartões de ponto supra referidos, vê-se que a empregadora arcou corretamente com as horas extras, quando as mesmas ocorreram.

Assim, entendo não haver saldo não pago de labor extraordinário.

Convém ressaltar que os e-mails de fls.14/17 não são suficientes para infirmar a jornada registrada nos controles citados, uma vez que demonstram ocorrência esporádica e irrelevante, pois somente ocorreram em três oportunidades no ano de 2006.

Entretanto, o mesmo não se pode dizer quanto ao intervalo intrajornada.

Isso porque, apesar de regularmente marcados, a autora informou desde a inicial que não gozava regularmente do intervalo legal de 01(uma) hora, impugnando os cartões de ponto neste sentido.

Nesta linha, como se verifica no depoimento supra transcrito, a testemunha obreira confirmou a tese da exordial de existência de intervalo suprimido.

Ressalte-se que o intervalo intrajornada afigura-se como o tempo minimamente necessário ao descanso e alimentação, garantido por norma de ordem pública, consubstanciada no art. 71, caput, da CLT e art. 7º, XXII, da CF/88. Assim sendo, a concessão parcial do referido intervalo desvirtua a sua finalidade, sendo que se o empregador permite que o obreiro goze apenas de parte ou fração do intervalo, deve pagar indenização equivalente ao período total devido, acrescido do adicional de 50%, conforme determina o § 4º do art. 71 da CLT. Ademais, a obrigação do pagamento de forma integral do intervalo já se encontra pacificada através da Orientação Jurisprudencial nº. 307, da SDI-1, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, transcrita in verbis:

‘307. INTERVALO INTRAJORNADA (PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO). NÃO CONCESSÃO OU CONCESSÃO PARCIAL. LEI N.º 8.923/94. Após a edição da Lei n.º 8.923/94, a não-concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT)’.

O intervalo para refeição e descanso não concedido, ainda que não tenha havido aumento da jornada, deverá ser remunerado como trabalho extraordinário e não apenas com adicional respectivo. Nesse propósito, é clara a orientação jurisprudencial consubstanciada na OJ 307 SDI-1 do E. TST. Além do mais, a parcela tem natureza salarial e são devidos os reflexos daí decorrentes.

Assim, dou provimento parcial ao apelo obreiro, neste ponto, para deferir uma hora de intervalo intrajornada por dia, reconhecendo a natureza salarial da referida parcela, sendo devidos os reflexos advindos de tal condenação.” (fls. 769-772)



PROCESSO N° TST-RR-276-98.2010.5.05.0007

Nas razões de recurso de fls. 829-883, a reclamada pugna pela reforma da decisão regional, argumentando que a reclamante não se desincumbiu de comprovar a ausência de concessão do intervalo intrajornada. Aponta violação dos artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC. Transcreve arestos com o intuito de comprovar divergência jurisprudencial.

Razão não lhe assiste.

Inicialmente, constata-se que a controvérsia trazida ao debate não se resolve à luz dos artigos 333, inciso I, do CPC e 818 da CLT, porquanto, não se discute, no caso, a distribuição do ônus da prova. Além disso, é inconteste que o Tribunal Regional, apoiado nas provas dos autos, mormente a testemunhal, concluiu que a autora não usufruía de uma hora de descanso intrajornada, não havendo falar em ausência de prova do direito vindicado pelo autor, estando intactos os artigos 333, inciso I, do CPC e 818 da CLT.

Cumprе salientar que somente é importante perquirir a quem cabe o ônus da prova quando não há prova de fato controvertido nos autos, arguido por qualquer das partes. Assim, uma vez que esse ficou efetivamente provado, conforme asseverou o Tribunal Regional, é irrelevante o questionamento sobre a quem caberia fazer a prova.

Ademais, ressalta-se que Corte regional, conforme ressaltado, com base na prova testemunhal, concluiu que a reclamante não usufruía integralmente do intervalo intrajornada. Para que este Tribunal Superior possa chegar à conclusão diversa, seria necessário o reexame dos fatos e da prova, procedimento, contudo, inviável, ante o óbice da Súmula n° 126 do TST.

Por fim, não ficou demonstrada a alegada divergência jurisprudencial, com base nos arestos transcritos à fl. 835. O primeiro modelo é oriundo de julgamento de Turma desta Corte, órgão não relacionado na alínea "a" do art. 896 da CLT. O segundo, em que se afirma que o ônus da prova, quanto à comprovação do intervalo intrajornada, é o reclamante, não tem a identidade fática exigida na Súmula n° 296 do TST, porquanto, como já ressaltado, a controvérsia, *in casu*, não foi dirimida à luz da regra do ônus probatório.



PROCESSO N° TST-RR-276-98.2010.5.05.0007

Não conheço, pois, do recurso.

3. SOBREAVISO. USO DE APARELHO CELULAR

CONHECIMENTO

Quanto a esta hipótese, eis o teor do acórdão regional,
in verbis:

“DO ADICIONAL DE SOBREAVISO

Pleiteia a obreira o deferimento do adicional em tela ao argumento da inaplicabilidade da súmula 428 do E. TST.

Para tanto, aduz que o uso do celular não era eventual, bem como que a mesma acessava de casa o sistema da recorrida, pelo que é devido o adicional de sobreaviso.

Analiso.

Entende-se por Regime de sobreaviso aquele em que o empregado, mesmo estando de folga, fica obrigado a atender a eventuais chamados da empresa, conforme dispõe o §2º do art. 244 da CLT, *in verbis*:

‘Considera-se de sobreaviso o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço’.

No caso dos autos, a Autora alegou ficar à disposição da empresa fora dos horários de expediente.

Por sua vez, a Reclamada negou o labor em sobreaviso, motivo pelo qual cabia à Demandante o ônus de provar sua alegação.

Entretanto, deste ônus entendo que se desincumbiu, senão vejamos.

O preposto da recorrida informou que *‘se fosse necessário, a Reclamante era acionada para resolver problemas fora do seu expediente, podendo acontecer à noite.’*

Nesta linha, convém ressaltar que a testemunha do Juízo assim declinou, quando questionado sobre o tema em epígrafe:

‘que possuía celular da empresa, sendo acionada muitas vezes tanto na empresa quanto em casa, quando, então, dava suporte por telefone e, algumas vezes era necessário deslocar-se à empresa para esse fim; que isso também acontecia com a reclamante, acreditando que até com uma frequência maior com a autora, já que exercia cargo de chefia.’

O C.TST, em recentíssimo julgado, da lavra do Exmo. Ministro Lelio Bentes Corrêa, entendeu que o deferimento do adicional de sobreaviso não contraria o conteúdo da Súmula nº428, como se verifica, *in verbis*:

‘(Omissis) HORAS DE SOBREAVISO. REGIME CONFIGURADO. OBRIGATORIEDADE DE O EMPREGADO MANTER O CELULAR LIGADO DURANTE O PERÍODO DE DESCANSO ENTRE JORNADAS.



PROCESSO N° TST-RR-276-98.2010.5.05.0007

Não contraria a Súmula n.º 428 desta Corte superior decisão em que se reconhece o direito do autor à percepção das horas de sobreaviso em hipótese em que confessado pelo preposto da reclamada a obrigatoriedade de o empregado manter o celular ligado durante o seu período de descanso entre jornadas, e em que havia efetiva convocação habitual do obreiro para o trabalho. Recurso de revista de que não se conhece.” (TST-RR-38100-61.2009.5.04.0005, Relator: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 15/08/2012, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/08/2012)

Destarte, defiro o pagamento das horas destinadas ao sobreaviso, à razão de 1/3 sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial (Súmula n° 229/TST), consoante pleiteado na inicial. Por habituais, integram o salário, gerando diferenças apenas de férias acrescidas de 1/3, repouso semanal remunerado, FGTS mais quarenta por cento, décimos terceiros salários e verbas rescisória constantes no TRCT.

Esclareço que não incide sobreaviso sobre as horas extras, cujos cálculos são feitos de forma separada.

Também não há reflexo de sobreaviso em adicional de risco.

Devem ser deduzidos os valores pagos sob o mesmo título.

Reformo.” (fls. 772-774)

Nas razões do recurso de revista, a reclamada sustenta que o mero fornecimento de aparelho celular não é hipótese de sobreaviso, o qual se caracteriza quando há exigência de efetiva permanência do empregado em sua residência. Assevera que também não cabe falar em sobreaviso quando o empregado resolver o problema, sem a necessidade de se deslocar para a empresa, porquanto, nesse caso, pode dispor livremente de seu tempo, não permanecendo em casa aguardando ordens. Indica contrariedade à Súmula n° 428 desta Corte e violação do art. 244, § 2°, da CLT. Transcreve arestos para confronto de teses.

Conforme se observa na transcrição, a Corte regional entendeu ser devido o pagamento das horas em sobreaviso, em razão do depoimento do preposto e da testemunha, de que a reclamante era acionada pela reclamada fora do horário de expediente e, às vezes, dava suporte pelo telefone e, em outros momentos, tinha que comparecer na sede da empresa.

Sobre a questão, esta Corte superior editou a Súmula n° 428, no seguinte teor:

**“SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2°
DA CLT**



PROCESSO N° TST-RR-276-98.2010.5.05.0007

I – O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.”

Do teor da citada súmula, verifica-se que o mero uso de aparelho celular, por si só, não caracteriza o sobreaviso, devendo haver a comprovação de que o empregado, de fato, estava à disposição do empregador.

Na hipótese em comento, a Corte regional consignou, claramente, que a reclamante era contatada por meio de telefone celular em sua residência com certa frequência, podendo, inclusive, ter que se locomover para prestar serviço na reclamada no período noturno, motivo pelo qual se mostram presentes os elementos caracterizadores do regime de sobreaviso de que trata o art. 244, § 2º da CLT.

Nesses termos, a seguinte jurisprudência deste Tribunal Superior, *in verbis*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. HORAS DE SOBREAviso. USO DO CELULAR. Constatada possível violação do art. 244, § 2º, da CLT, dou provimento ao agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVISTA. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Ante a possibilidade de decisão favorável ao recorrente, deixo de apreciar o tema, com esteio no art. 249, § 2º, do CPC. HORAS DE SOBREAviso. USO DO CELULAR. De acordo com o entendimento desta Corte, o empregado que porta telefone celular aguardando ser chamado pela empresa, faz jus às horas de sobreaviso, consoante a nova diretriz da Súmula nº 428, II, do TST. Decisão regional dissidente desse entendimento. Recurso de revista do autor de que se conhece e a que se dá provimento. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Conforme os elementos fáticos delineados na decisão regional, houve vínculo empregatício entre a reclamada e o reclamante, uma vez que este exercia atividade fim da tomadora, mediante pessoalidade e subordinação direta aos empregados desta. Assim, incide o teor da Súmula nº 331, I, do TST. DIFERENÇAS DE HORAS EXTRAS. INTEGRAÇÃO DO



PROCESSO Nº TST-RR-276-98.2010.5.05.0007

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. A decisão regional foi proferida em perfeita consonância com o disposto na Súmula nº 132 do Tribunal Superior do Trabalho que estabelece que o adicional de periculosidade, pago em caráter permanente, integra o cálculo das horas extras. Assim, o recurso encontra óbice intransponível no § 5º do art. 896 da CLT. Agravo de instrumento da reclamada a que se nega provimento.” (ARR - 10600-55.2008.5.04.0231 , Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 24/10/2012, 7ª Turma, Data de Publicação: 19/11/2012).

“RECURSO DE REVISTA. 1. SALÁRIO PAGO -POR FORA-. A Corte Regional, soberana no reexame do conjunto probatório dos autos, foi categórica ao consignar a existência do pagamento do salário por fora. Logo, para se chegar à conclusão pretendida pela reclamada, de que o reclamante não comprovou o pagamento do salário -por fora-, necessário seria o reexame do contexto fático-probatório, procedimento que encontra óbice na Súmula nº 126 desta Corte. Recurso de revista não conhecido. 2. HORAS EXTRAS - JORNADA NÃO REGISTRADA - PRESUNÇÃO RELATIVA NÃO ELIDIDA. Dispõe o artigo 74, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho que, para as empresas com mais de dez empregados, é obrigatório que mantenham o controle da jornada, por meio idôneo (manual, mecânico ou eletrônico), o que implica a aptidão em fazer prova da jornada efetivamente cumprida pelo trabalhador. Nesse sentido, a Corte Regional inverteu o ônus da prova para a reclamada com relação à jornada de trabalho do reclamante, nos termos da Súmula nº 338, I e II, do TST. Acontece que a reclamada não se desincumbiu satisfatoriamente do seu encargo, pois os cartões de ponto apresentados não abarcaram todo o período do contrato de trabalho do reclamante. Com feito, a jurisprudência desta Corte, nos casos em que não há apresentação total dos registros de ponto, versa que há presunção da jornada declinada na inicial para o período não elidido por prova em contrário. Recurso de revista não conhecido. 3. SOBREAVISO. O quadro fático descrito pela Corte Regional revela que o reclamante teve reconhecido o direito ao sobreaviso não apenas porque utilizava o telefone celular para atender à empresa, mas devido à necessidade de prestar suporte em informática fora do expediente. Súmula nº 428 do TST. Recurso de revista não conhecido. 4. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - NÃO ASSISTÊNCIA DE SINDICATO. O entendimento jurisprudencial consubstanciado nas Súmulas nºs 219 e 329 e na OJ nº 305 da SBDI-1 enuncia que a condenação em honorários advocatícios, nesta Justiça Especializada, nunca superiores a 15%, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da sua categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar em juízo sem comprometimento do seu sustento ou de sua família. Recurso de Revista conhecido e provido no particular.” (RR -



PROCESSO N° TST-RR-276-98.2010.5.05.0007

896100-50.2007.5.09.0652 , Relatora Desembargadora Convocada: Maria das Graças Silvano Dourado Laranjeira, Data de Julgamento: 31/10/2012, 2ª Turma, Data de Publicação: 09/11/2012).

Não se constata, portanto, contrariedade à Súmula n° 428 desta Corte e violação do arts. 244, § 2º, da CLT.

Por outro lado, os arestos transcritos são inespecíficos, porquanto ausente o pressuposto fático, de que, pelo telefone celular, o empregado era demandado pela reclamada. Óbice da Súmula n° 296 desta Corte.

Diante do exposto, **não conheço** do recurso.

4. ADICIONAL DE RISCO. PORTUÁRIO

I - CONHECIMENTO

Quanto ao tema em epígrafe, a Corte regional expendeu o seguinte entendimento:

“DO DIREITO AO ADICIONAL PORTUÁRIO DE RISCOS E CONSECUTÓRIOS

Alega a reclamante que o pagamento do Adicional Portuário de Riscos é garantido pelo artigo 14 da Lei 4860/65, sendo que a mesma exercia atividades em área de operação portuária, submetendo-se a riscos.

Aduz que, diferentemente do decidido pelo MM Juízo de origem, o laudo pericial demonstrou que a atividade desempenhada pela recorrente possui riscos inerentes à própria atividade portuária, sendo mister o deferimento do adicional em tela.

Ao exame.

Preliminarmente, convém ressaltar que o Juiz de origem indeferiu o pleito em tela por entender que a conclusão pericial infirmou as alegações obreiras.

Entretanto, entendo que tal entendimento não merece prosperar, como veremos.

O primeiro ponto que destaco é no sentido de aplicar o princípio da não discriminação ao caso *sub judice*, pois é latente que a ordem constitucional vigente repudia qualquer tentativa de importar afronta à igualdade.

Não se pode falar em dignidade do trabalhador apenas no plano moral, pois o que o legislador constitucional objetivou foi a materialização da mesma no plano existencial. Como falar em dignidade sem o trabalhador ter



PROCESSO N° TST-RR-276-98.2010.5.05.0007

direito a saúde? Sem ter qualidade de vida? Sem ter direito à participação na sociedade?

A igualdade está insculpida no artigo 5º, “caput” da Constituição Federal de 1988, sendo um dos princípios do Estado de Direito, devendo nortear o intérprete do direito no sentido de aplicar leis e atos normativos de maneira igualitária.

Na situação dos autos, restou comprovado por meio da prova testemunhal *‘que praticamente todos os dias, havia navios fazendo carga e descarga; que havendo problema na operação portuária, o setor em que trabalhava era contratado e a sua solução, na maior parte das vezes, se dava com o deslocamento do funcionário para a referida área; que além da reclamante e do depoente, mais outros dois empregados do setor podiam dar esse suporte, de sorte que na ocorrência de chamado, qualquer um dos 04 podiam deslocar-se; que o deslocamento podia dar-se por determinação da reclamante ou por qualquer um, inclusive a própria, no caso de ter recebido o chamado.’*(grifei)

Segundo o sistema do livre convencimento motivado, consagrado em nosso ordenamento jurídico processual, tem o juiz a livre apreciação da prova dentro do material probatório constante dos autos. Além disso, deve o julgador conduzir o feito sempre observando os limites impostos à lide. Daí porque, quanto à testemunha apresentada, realmente seu depoimento se mostra suficiente para descaracterizar o laudo, conforme se verifica acima.

Ademais, é certo que a Lei 4.860/1965 sugere uma padronização dos diversos adicionais que eram pagos aos trabalhadores das antigas autarquias portuárias, mas também é certo que a referida Lei não foi em sua integralidade revogada pela Lei 8630/93, conforme evidenciam seus artigos 75 e 76.

Quando os empregados executam seus serviços em uma mesma área de risco, todos devem partilhar dos adicionais correspondentes, sendo difícil dar guarida a leis capazes de segregar direitos, pois o que se busca na normatividade é “tratar como iguais sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e injustiça”, como lembra Cappelletti.

Diz o artigo 14 da Lei 4860/65:

‘A fim de remunerar os riscos relativos à insalubridade, periculosidade e outros porventura existentes, fica instituído o ‘adicional de riscos’ de 40% (quarenta por cento) que incidirá sobre o valor do salário-hora ordinário do período diurno e substituirá todos aqueles que, com sentido ou caráter idêntico, vinham sendo pagos’.

É certo que o citado artigo propõe vantagem salarial em relação ao artigo 193 da Norma Consolidada, o que leva à aplicação de norma mais favorável ao trabalhador, fazendo ‘jus’ a reclamante ao adicional de 40% sobre as horas trabalhadas.

Logo, provejo o apelo também neste aspecto para, reformando a sentença, deferir à reclamante o adicional de risco no percentual de 40% sobre o salário/hora com a respectiva integração e repercussão para todos os



PROCESSO N° TST-RR-276-98.2010.5.05.0007

efeitos legais, conforme postulado na exordial. Esclareço que o adicional de risco não há de repercutir sobre o repouso semanal remunerado, haja vista ser o mesmo calculado mês a mês sobre um percentual fixo, o que naturalmente já contempla o descanso semanal, incorrendo em *bis in idem* o reflexo pretendido.”

Nas razões do recurso de revista, a reclamada afirma que não é devido o adicional de risco portuário, por se tratar o reclamante de empregado de terminal privativo, e não de porto organizado.

Reitera ser imprescindível que o empregado exerça as funções em porto organizado para que seja beneficiado com o pagamento do adicional de risco portuário.

Aponta violação dos artigos 4º, 7º e 19 da Lei nº 4.860/65 e 5º, *caput*, e 7º, incisos XXIII, XXXIV e XXXIX, da Constituição Federal. Transcreve arestos objetivando a comprovação de dissenso jurisprudencial.

O recurso de revista viabiliza-se pelo critério da divergência jurisprudencial estampada no aresto da fl. 860, oriundo do Tribunal Regional da 12ª Região, que adota tese diversa da decisão recorrida, ao consignar o entendimento de que, “o adicional de risco previsto no art. 14 da Lei nº 4.860/65 não é extensível aos trabalhadores de terminal privativo, já que o direito foi instituído exclusivamente para os empregados efetivos ou servidores públicos”.

Conheço, pois, do recurso de revista por divergência jurisprudencial.

II - MÉRITO

A questão trazida a debate diz respeito à possibilidade ou não de extensão do adicional de risco portuário ao trabalhador avulso que presta serviços a portos privativos.

Recentemente, a SBDI-1 entendeu ser indevido o pagamento de adicional de risco aos trabalhadores portuários avulsos, porquanto a aludida parcela era devida aos empregados ou servidores das antigas Companhias Docas.

Considerando que as operações portuárias passaram a ser executadas por terminais privados e que os empregados desses não



PROCESSO N° TST-RR-276-98.2010.5.05.0007

recebem o adicional de risco, em observância ao propalado princípio da isonomia, entendeu-se que a parcela não se estende aos trabalhadores avulsos.

Nestes termos, dispõe a Orientação Jurisprudencial n° 402 da SBDI-1 do TST, *in verbis*:

“ADICIONAL DE RISCO. PORTUÁRIO. TERMINAL PRIVATIVO. ARTS. 14 E 19 DA LEI N.º 4.860, DE 26.11.1965. INDEVIDO.

O adicional de risco previsto no artigo 14 da Lei n° 4.860, de 26.11.1965, aplica-se somente aos portuários que trabalham em portos organizados, não podendo ser conferido aos que operam terminal privativo.”

Dou provimento, pois, ao recurso de revista para excluir da condenação o pagamento do adicional de risco portuário.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, apenas quanto ao tema “Adicional de risco. Portuário por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento do adicional de risco portuário.

Brasília, 14 de agosto de 2013.

Firmado por assinatura digital (Lei n° 11.419/2006)

JOSE ROBERTO FREIRE PIMENTA

Ministro Relator