



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
3ª TURMA

PROCESSO TRT - RO-0010231-24.2018.5.18.0101

RELATOR : DESEMBARGADOR MÁRIO SÉRGIO BOTTAZZO

RECORRENTE : FRANCISCO DAS CHAGAS DA CONCEIÇÃO DOS SANTOS

ADVOGADO : NATHÁLIA CARVALHO DA MATA

RECORRENTE : BR F S.A.

ADVOGADO : RAFAEL LARA MARTINS

RECORRIDOS : OS MESMOS

ORIGEM : 1ª VARA DO TRABALHO DE RIO VERDE

JUIZ(ÍZA) : PEDRO HENRIQUE BARRETO MENEZES

EMENTA:JUSTA CAUSA. Justa causa é o ato faltoso grave: é faltoso o ato que configure descumprimento dos deveres e obrigações contratuais e ele é grave se acarretar a quebra da indispensável fidúcia que deve haver entre as partes, ou torne, de outra forma, insustentável a manutenção do vínculo contratual.

RELATÓRIO

O Exmo. Juiz do Trabalho Pedro Henrique Barreto Menezes, da 1ª Vara do Trabalho de Rio Verde, acolheu parcialmente os pedidos formulados por FRANCISCO DAS CHAGAS DA CONCEIÇÃO DOS SANTOS contra BR F S.A. (ID. 4c71ed7).

O reclamante interpôs recurso ordinário (ID. 31905ed) pugnando pela reforma da sentença quanto à justa causa, dano moral, diferenças salariais decorrentes de equiparação e honorários sucumbenciais.

A reclamada interpôs recurso ordinário (ID. 520cdeb) pugnando pela reforma da sentença quanto ao adicional de insalubridade, prêmio assiduidade, banco de horas, honorários sucumbenciais, honorários periciais e aplicação do IPCA-E.

O reclamante apresentou contra-arrazoado (ID. fb8b86b).

A reclamada apresentou contra-arrazoado (ID. 8652649).

Os autos não foram remetidos à Procuradoria Regional do Trabalho (art. 25 do Regimento Interno).

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Não conheço do recurso da reclamada, por ausência de interesse, na parte em que tratou do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade e reflexos do adicional de insalubridade em RSR. Quanto ao primeiro, a sentença já dispôs nesse sentido e, quanto ao segundo ponto, não houve condenação.

Atendidos os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço do recurso do reclamante e parcialmente do recurso da reclamada.

MÉRITO

RECURSO DO RECLAMANTE

JUSTA CAUSA E REPARAÇÃO POR DANO MORAL

Eis a sentença:

"Afirma o reclamante que foi dispensado por justa causa de modo abusivo, posto que apenas requereu um aumento salarial, inclusive juntamente com outros empregados que não foram dispensados nas mesmas condições.

Pugna pela conversão em dispensa imotivada e no pagamento de indenização por danos morais.

A reclamada aduz que a dispensa por justo motivo ocorreu após o reclamante se recusar a trabalhar, promovendo um motim em seu ambiente laboral. Diz que após conversas os demais trabalhadores retornaram às atividades, mas o reclamante permaneceu se recusando, o que implicou na sua dispensa.

A segunda testemunha comprovou o ocorrido, tendo inclusive ela presenciado pessoalmente os fatos.

Tal recusa reiterada ao labor efetivamente constitui falta grave, apta a ensejar a ruptura motivada do vínculo, ante a quebra da fidúcia e, inclusive, os significativos prejuízos materiais decorrentes, com a paralisação da linha de produção por mais de 30 minutos.

A gradação das penalidades não é questão absoluta, não sendo necessário a aplicação de punições menos graves mesmo diante de fatos que, por si, quebram a fidúcia e a relação de subordinação necessária à manutenção do contrato.

Não há provas nos autos de que o reclamante estivesse em exercício regular do direito de greve.

Portanto, constatada a falta grave por ele praticada, bem como a inexistência de ato arbitrário ou persecutório - veja-se que inclusive é incontroverso que os demais empregados envolvidos, que retornaram ao labor, não foram dispensados -

os pedidos de **indefiro** reversão da justa causa e de indenização por danos morais" (ID. 4c71ed7 - Pág. 5).

O reclamante se insurgiu dizendo que "apesar da insatisfação generalizada de um grupo de empregados com paralização parcial das atividades, somente o Reclamante foi punido, e ainda com punição máxima (justa causa). Os elementos dos autos provam que a insatisfação não se limitava à pessoa do reclamante, sendo que os demais empregados também paralisaram suas atividades com a finalidade de demonstrar seu descontentamento com a política salarial".

Disse, ainda, que "A recorrida não se preocupou em observar a gradação ou buscar a finalidade pedagógico-punitiva na aplicação de penalidade, querendo com o inquérito administrativo provar conduta injustificada e de extrema gravidade. Tratando-se de empregado sem histórico de insubordinação e indisciplina, e considerando o amplo poder de mando da recorrida, poderia ela suspender o empregado para conscientizá-lo das consequências futuras de sua postura".

Disse, também, que "não houve por parte do reclamante reiteradas condutas injustificadas, que embasaria a conduta da Reclamada, restando, diante dos fatos, o claro abuso no exercício do poder disciplinar praticado pela empresa. Deste modo, deve a sentença de primeiro grau ser reformada no sentido de considerar que não houve justo motivo para ruptura contratual, condenando a recorrida ao pagamento das verbas rescisórias na modalidade de rescisão contratual sem justa causa".

Insurgiu-se, por fim, dizendo que "Na hipótese de desconfiguração da justa causa postulada acima pelo recorrente, a r. sentença também merecerá reforma na parte em que indeferiu o dano moral postulado".

Muito bem.

Este Relator mantinha a sentença neste ponto; todavia, prevaleceu a divergência apresentada pelo Desembargador Elvecio Moura dos santos nos seguintes termos:

"Considerando que não há nos autos informação de qualquer outra falta funcional, tampouco da mesma natureza, não vislumbro gravidade suficiente para aplicação

da justa causa.

Converto em dispensa imotivada, sendo-lhe devidas as verbas próprias de tal modalidade rescisória"

Quanto ao dano moral, não há nada a reformar.

O provimento é parcial.

DIFERENÇAS SALARIAIS DECORRENTES DE EQUIPARAÇÃO

Eis a sentença:

"Diz o autor que desde março de 2013 foi promovido para a função de operador de máquina, sem anotação na CTPS ou percepção do salário correspondente.

Afirma que passou a desempenhar idêntica atividade à do paradigma Francisco de Paulo de Moraes. Assevera inexistirem diferenças de obrigações e responsabilidades entre operadores de máquina I e II.

Pugna pela equiparação, com o pagamento das diferenças salariais decorrentes, além dos reflexos.

A ré contesta o pleito aduzindo que o reclamante operava máquina misturadeira, enquanto o paradigma o fazia com a máquina cutter, o que configura diversidade de função, com complexidade distinta e produtividade e perfeição técnica diversas, justificando que o paradigma ocupe função também diferente, de operador de máquina II, quando o reclamante é operador de máquina I.

Com efeito, o próprio autor confessou em depoimento pessoal que não desempenhava o mesmo feixe de atribuições que o paradigma, sendo que aquela operava uma única máquina, diversa daquelas manuseadas pelo autor.

Tal situação também foi narrada pela primeira testemunha ouvida.

Assim, não verificada a identidade efetiva das funções, **indefiro** a equiparação requerida e as diferenças salariais e reflexas que decorreriam" (ID. 4c71ed7 - Pág. 2).

O reclamante se insurgiu dizendo que "como restou provado, operava todas as máquinas do setor, sendo que a principal que trabalhava era a misturadeira. Por outro lado, o paradigma Paulo operava principalmente a máquina *CUTTER*, de outro tipo. O fato de autor e paradigma trabalharem em máquinas distintas não deve servir para afastar o pedido de equiparação. Isto porque, a operação de cada máquina é individual, restando provado, contudo, que o reclamante também operava as outras máquinas do setor" (ID. 31905ed - Pág. 8).

Muito bem.

O princípio "trabalho igual, salário igual" foi consagrado no artigo 461 consolidado. Sobre ele, ensina Fernando Américo da Veiga Damasceno (**Equiparação Salarial**. 2. ed. rev. e atual. - São Paulo: LTR, 1995, p. 28):

"O princípio 'trabalho igual, salário igual' tem em vista evitar a parcialidade na direção das empresas, vedando a diferença de tratamento aos empregados, no exercício de funções idênticas, com inegável fundamento equitativo. É a aplicação mais primária do princípio da igualdade de tratamento.

[...]

Ao empregador, pois, não é lícito favorecer certos empregados em detrimento de outros, tão eficientes e tão adestrados quanto aqueles, pagando salário diferente para trabalho de igual valor e, em conseqüência, tratando os seus colaboradores de modo desigual. Todos constituem uma parte viva da organização".

Favorecer é proteger com parcialidade, o que é injusto. Tendo em mira o princípio da igualdade de tratamento, a lei veda que o empregador dispense tratamento desigual aos empregados cujos trabalhos sejam iguais.

De acordo com a lei, a igualdade de trabalho pressupõe igualdade de funções, de valor, de empregador e de localidade. Há igualdade de valor se houver igualdade de produtividade e de perfeição técnica, sendo que a diferença de tempo de serviço na *função* superior a dois anos implica *desigualdade* de valor (TST, súmula 6, II).

Além disso, a lei não diz mas é entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência que só há ofensa ao princípio "trabalho igual, salário igual" se a prestação de trabalho for simultânea, ou, em outras palavras, equiparando e paradigma não de ter sido contemporâneos.

Não existe ofensa ao princípio "trabalho igual, salário igual" se o empregador "tiver pessoal organizado em quadro de carreira", desde que as promoções obedçam "aos critérios de antiguidade e merecimento".

Finalmente, não existe ofensa ao princípio "trabalho igual, salário igual" se o empregado paradigma (que recebe salário maior) tiver sido "readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social".

Quanto ao ônus da prova, é do reclamante o ônus de provar a identidade de funções (se for negada, obviamente) e é do empregador "o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial" (TST, súmula 6, VIII).

A prova documental revelou que o paradigma passou a "operador de máquina I" em janeiro/2014 e a "operador de máquina II" em novembro/2014 (ID. 5bc42ef - Pág. 24 e 34) e que o reclamante passou a "operador de máquina I" em setembro/2013 (ID. 18b54f8 - Pág. 19), permanecendo nesta classificação.

Com o devido respeito ao juiz de origem, a função "Operador de Máquina II" tem como descrição: "**operador de máquinas fixas, em geral**" (ID. 2d0505e - Pág. 1), não havendo falar que a função se resume a operar uma máquina específica.

Diante disso, entendo processualmente provada a **identidade de funções a partir de janeiro/2014** e que **não há diferença de tempo na função entre paradigma e paragonado superior**

a 2 anos. A diferença está na classificação: "operador de máquina I" e "operador de máquina II" e as diferenças salariais entre eles passaram a existir a partir de então, ou seja, em novembro/2014.

Destaco que a reclamada disse em defesa que

"o reclamante foi promovida a operador de máquinas I em 01/09/2013, trabalha com a máquina MISTURADEIRA, permaneceu como operador de máquinas I, até a data de sua demissão.

O paradigma indicado, Sr. Francisco de Paulo Morais, trabalha como operador de máquinas II desde 01/11/2014, e a complexidade na operação das máquinas depende da aplicabilidade das mesmas.

Desta feita, o paradigma labora operando a máquina CUTTER, ou seja, **função totalmente diversa a do reclamante, onde mantém função diferente, produtividade diferente e perfeição técnica totalmente distinta da auferida pelo reclamante**" (ID. c234d2e - Pág. 17, destaquei).

Restou confessado pelo reclamante e afirmado pela testemunha por ele conduzida que o paradigma, como "operador de máquina II" operava uma única máquina, a CUTTER, e que esta máquina não era operada pelo reclamante. Mas isso, por si só, não prova que o paradigma tivesse maior perfeição técnica ou maior produtividade que o reclamante.

Do exposto, entendo que a reclamada não se desincumbiu de seu ônus probatório quanto ao fato impeditivo da equiparação pretendida e reformo a sentença para condená-la ao pagamento de diferenças salariais (observando-se os valores pagos sob a rubrica "SALÁRIO MENSAL" registrados nos recibos de pagamento juntados aos autos), a partir de novembro/2014 e limitado a R\$ 126,00 (que é o valor da diferença apontado à fl. 09 da exordial), e reflexos em "aviso prévio, 13º salário, RSR, férias + 1/3 e FGTS + 40%", conforme pleiteado.

O provimento é parcial.

MATÉRIA COMUM A AMBOS OS RECURSOS

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Eis a sentença:

"No tocante aos honorários, a nova lei processual trabalhista dispõe serem devidos honorários ao advogado, em percentual variável de 5 a 15% do valor da liquidação, do proveito econômico resultante do litígio ou do valor atualizado da causa.

Destarte, e diante também da necessidade de deixar margem para majoração dos honorários em caso de eventual recurso, tendo o casuístico patrono da parte reclamante realizado labor com razoável zelo, a prestação de serviços nesta própria cidade, com causa de natureza comum, que tudo considerado demandou uma quantidade reduzida de tempo do casuístico em relação a cada pedido, **fixo** os honorários em 7% do valor da liquidação, em favor do procurador da parte reclamante, os quais **condeno** a reclamada a quitar.

Condeno a parte reclamante a pagar ao advogado da parte reclamada honorários de sucumbência arbitrados em 7% sobre o valor atribuído aos pedidos não providos, considerados os mesmo elementos apontados no parágrafo anterior, sendo que o labor técnico foi realizado com semelhante zelo. Considerado o valor atribuído à causa, fixo que a parcela indeferida do feito corresponde a R\$ 40.000,00.

Veja-se que os honorários advocatícios são devidos independente da existência de pedido, decorrendo da própria norma processual (art. 85 do CPC).

Acaso débitos da parte autora a esse título superem o valor percebido neste feito, ou em outros feitos que vierem a ser indicados, fica sua exigibilidade suspensa na forma do § 4º do art. 791-A da CLT" (ID. 4c71ed7 - Pág. 6).

O reclamante requereu "a reforma da r. sentença para redistribuir a imposição, para que os honorários impostos ao autor se limitem a parte dos pedidos que não foram reconhecidos por este Eg. Tribunal Regional".

A reclamada, por sua vez, requereu "a majoração dos honorários sucumbenciais deferidos em prol da reclamada para o patamar de 15% (quinze por cento) sobre os pedidos julgados improcedentes, consoante os valores postulados na exordial" e que "nos termos do §4º do art. 791-A da CLT, que mesmo que o reclamante seja beneficiário da Justiça Gratuita os honorários sejam compensados sobre eventuais créditos que ele tenha recebido em outra demanda. A esse respeito, deve-se lembrar que os honorários advocatícios possuem natureza jurídica de verba alimentar, não havendo que se falar em eventual impossibilidade de compensação".

Muito bem.

Exceto quanto ao dano moral (STJ, SUM-326), restando autor e réu, em parte, vencedor e vencido, os honorários devem ser proporcionalmente distribuídos, sem compensação, considerando o valor de cada pedido individualmente, calculados sobre o "valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa" (CLT, art. 791-A, parte final).

É dizer: exceto apenas quanto ao dano moral, o acolhimento parcial do pedido caracteriza sucumbência recíproca (sucumbindo o autor na parte não acolhida).

Quanto ao percentual, atento aos elementos do § 2º do art. 791-A consolidado, reputo adequado manter os honorários sucumbenciais em 7% para o advogado da reclamada e também em 7% para o advogado do reclamante.

No mais, ressalvado o entendimento, essa Corte já decidiu que é constitucional a expressão "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa", constante no § 4º do art. 791-A da CLT (ArgInc 0010504-15.2018.5.18.0000).

O Desembargador Elvecio Moura dos Santos também fez registrar: "Ressalvo apenas o meu entendimento quanto à aplicação do art. 791-A, do §4º, parte final, da CLT, por entender inconstitucional a expressão 'desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa', por afronta aos arts. 1º, III e IV; 3º, I e III; 5º, caput e incisos XXXV e LXXIV e §2º; 7º a 9º, todos da Constituição da República Federativa do Brasil".

Nego provimento.

MATÉRIAS REMANESCENTES DO RECURSO DA RECLAMADA

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O juiz de origem condenou a reclamada no pagamento de adicional de insalubridade, em grau médio, e reflexos, nos períodos de outubro/2014 até 04/06/2015 e de 07/12/2015 até 06/04/2018.

A reclamada se insurgiu dizendo que "as atividades desenvolvidas pelo Recorrido e o ambiente de trabalho não possuíam incidência de agentes insalubres, e, ainda assim, por extrema cautela, eram fornecidos todos os EPI's necessários para o desenvolvimento das atividades" e que "foram concedidos os E.P.I.s necessários para afastar a insalubridade, bem como não foram preenchido os requisitos necessários para deferimento do adicional de insalubridade".

Muito bem.

Restou registrado no laudo pericial:

"4. ANÁLISE DE INSALUBRIDADE

[...]

4.1 Limites de tolerância para ruído contínuo ou intermitente - ANEXO 01:

[...]

Limite de tolerância: 85 dB(A) - Oito horas diárias de trabalho

Equipamento utilizado: Decibelímetro Digital INS-820 da Instrusul

Analisando os locais de labor do reclamante foram constatadas as seguintes medições: 87,4 dB (A) e 86,9 dB (A) no setor sala de massa salsinha e mortadela.

Com base nas informações colhidas no ambiente de trabalho, tem-se que o limite de tolerância de 85 dB(A) permitidos pelo anexo 01 da NR 15 que foram excedidos.

[...]

A Empresa não comprova a entrega de EPI's adequados ao Risco e em quantidades suficientes. **Mesmo sendo solicitado por este perito através do agendamento da perícia, a reclamada não forneceu todas as Fichas de EPI's e/ou outro registro que comprove a entrega dos protetores auriculares suficientes para o período de trabalho do reclamante. A Empresa através de suas fichas de EPI's anexadas aos autos (Num. 16ed95d - Pág. 1 a 42) comprova a entrega de apenas 3 protetores auriculares concha para todo o período trabalhado [...]**

Estes protetores tem um nível de atenuação sonora de 20 NRRsf.

Utilizando o índice de ruído na pior situação encontrado na perícia = 87,4dB(A)

Cálculo: 87,4 dB(A) - 20 dB(A) = 67,4 dB(A).

Portanto para o período onde se comprova a entrega e utilização do Protetor Auricular, os EPI's conseguem amenizar o risco para um valor abaixo do limite de tolerância, então nesse período o labor do reclamante foi salubre em relação ao Agente Ruído.

Porém, segundo informações colhidas no site da LAEPI - Laboratório de Equipamento de Proteção individual, **um protetor auricular concha pode ter a sua validade, ou seja, conseguir reduzir os efeitos do ruído de maneira satisfatória, por um período que varia de 6 (seis) meses a 3 (três) anos. Sendo o responsável, tendo que fazer testes nos protetores auriculares para saber se ainda estão hábitos para uso.**

Porém como a reclamada, comprova a entrega de apenas 3 (três) protetores, sendo 2 (dois) protetores entregues nos últimos 5 anos de trabalho e não comprava a substituição ou a análise de tal para saber se ainda está em condições de utilização, vamos tomar como base que este protetor teve a validade para uso de 6 (seis) meses, o mínimo estipulado pela LAEPI.

[...]

Portanto o reclamante esteve protegido em relação ao risco ruído durante o período de 06/04/2013 a 07/2013 e 05/06/2015 a 06/12/2015.

E esteve exposto ao agente ruído acima dos limites de tolerância pela não comprovação de entrega e reposição de protetores auriculares no período de 08/2013 a 04/06/2015 e de 07/12/2015 até a data do ajuizamento desta ação.

Deste modo, constata-se que **houve labor em exposição a níveis de ruído acima dos limites de tolerância dispostos neste anexo para o setor Sala de Massas Salsicha e Mortadela, portanto a atividade do reclamante em relação ao agente físico ruído é considerada insalubre, durante o período trabalhado de 08/2013 a 04/06/2015 e de 07/12/2015 até a data do ajuizamento desta ação** " (ID. ae79edd - Págs. 8-11, destaquei).

Por fim, o perito concluiu que "Sobre o agente físico ruído, constatou-se que os níveis encontrados estão acima dos limites de tolerância, conforme mostrado no item 4.1. Analisando o local de labor da reclamante foram colhidas as seguintes medições: 87,4dB (A) e 86,9dB(A) no aparelho do perito. Portanto acima do limite de tolerância que é 85,0 dB(A). Houve a comprovação do fornecimento de apenas 3 protetores Auriculares, que amenizaram o risco no período de 06/04/2013 á 07/2013 e 05/06/2015 á 06/12/2015, porém **a reclamada não comprova a reposição periódica de equipamentos de proteção auditivo (preceitos das NR's 06 e 09)**, apesar de ter solicitado a entrega das fichas de EPI's e todos os documentos pertinentes à perícia no agendamento da perícia (via e-mail e peticionamento eletrônico), e também, no dia da perícia. Sendo assim, **comportando como ambiente insalubre grau médio 20% (vinte por cento) em relação ao Agente ruído no setor vistoriado durante o período trabalhado de 08/2013 á 04/06/2015 e de 07/12/2015 até a data do ajuizamento desta ação**" (ID. ae79edd - Págs. 20-21, destaquei).

Como se vê, a prova técnica constatou insalubridade por exposição ao ruído, **em razão de insuficiência na entrega de EPIs**, e a reclamada não infirmou a conclusão pericial nesse sentido porque **não comprovou documentalmente que houve a entrega e substituição dos EPIs**.

Dou provimento parcial, porém, para que se observe na apuração do referido adicional a exclusão dos períodos de férias (evitando o "bis in idem") e afastamentos (porque não há contato com o agente insalubre). Referida parcela, porém, integra a remuneração para todos os efeitos legais (TST, SUM-139).

Provimento parcial.

DIFERENÇAS DE HORAS EXTRAS EM RAZÃO DA BASE DE CÁLCULO UTILIZADA. PRÊMIO ASSIDUIDADE

O juiz de origem condenou a reclamada no pagamento de diferenças de horas extras em razão da base de cálculo utilizada.

A reclamada se insurgiu dizendo, em síntese, que "O objetivo do prêmio de assiduidade é premiar aqueles empregados assíduos, como forma de incentivo no âmbito laboral. Caracterizar tal parcela como salarial afastaria sua finalidade de premiação e incentivo ao trabalhador".

Invocou, ainda, o disposto na cláusula 15^a do ACT quanto à natureza da referida parcela e a nova redação do art. 457 da CLT.

Muito bem.

Sem ambages, a parcela em questão foi considerada no cálculo da contribuição previdenciária nos meses em que foi paga, o que evidencia o seu caráter salarial.

Dou provimento parcial, porém, para limitar a condenação ao dia 10/11/2017, em razão da alteração do artigo 457 da CLT pela Lei 13.467/17.

HORAS EXTRAS. BANCO DE HORAS. IRREGULARIDADE

O juiz de origem declarou a nulidade do regime de compensação de jornada adotado pela reclamada e condenou-a no pagamento de horas extras e reflexos, sob os fundamentos de que "o labor foi desempenhado em condições insalubres, o que implica na necessidade de realização de

inspeção pelo MTE previamente à instituição do banco de horas, sendo irregular o regime executado, pois, entre as partes" e que "no curto período em que o autor não fez jus ao adicional de insalubridade são insuficientes à formalização de um banco de horas independente dos demais interregnos, razão pela qual o deferimento aqui abrangeu todo o período imprescrito" (ID. 4c71ed7 - Pág. 5).

A reclamada se insurgiu dizendo que "o banco de horas instituído na empresa contempla todos os requisitos de validade, não se cogitando qualquer possibilidade de desconsideração do mesmo" e que "a existência de convenção coletiva supre a ausência da autorização expressa, nos termos da Súmula 349 do TST. Inobstante o cancelamento de referida Súmula em 2011, o entendimento consubstanciado na mencionada súmula continua em vigor, nos termos do artigo 7º, inciso XXVI, da CF, o que requer seja observado. Caso assim não se entenda, o que realmente não se espera, referido entendimento deve ser considerado válido até o cancelamento da súmula, já que representava uma expectativa legítima, por representar o entendimento do próprio TST".

Disse, ainda, que "caso se entenda devido algum valor referente às horas extras, o que realmente não se espera, deverão ser expungidos os valores já pagos, com inclusão em folha e respectivas incidências, conforme revelam as fichas financeiras, sendo requerida a presente compensação com fulcro no art. 767 da CLT, para evitar-se o locupletamento ilícito do Recorrido".

Disse, também, que "incabível a condenação ao pagamento das horas compensadas durante todo o período imprescrito, posto que de 06/04/2013 até outubro de 2014 e de 05/06/2015 até 06/12/2015 o banco de horas ERA VÁLIDO".

Muito bem.

Sem ambages, como observou o juiz de origem ao decidir, emergiu processualmente provado que o reclamante laborou em ambiente insalubre, nos períodos de outubro/2014 até 04/06/2015 e de 07/12/2015 até 06/04/2018, e não há prova de que foi realizada inspeção prévia no local ou que tenha sido autorizado pela autoridade competente a prorrogação da jornada.

Destaco que o TST já decidiu que "As súmulas editadas por este Tribunal Superior não constituem lei em sentido formal ou material, mas cristalização jurisprudencial interpretativa da lei vigente, com base em julgamentos reiterados no mesmo sentido, sem caráter vinculante e não

submetidas aos requisitos de vigência e irretroatividade aplicáveis às espécies normativas, na forma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro". Nesse sentido o julgado:

"(...) 2. NULIDADE DO BANCO DE HORAS. FALTA DE INSPEÇÃO PRÉVIA DO AMBIENTE INSALUBRE PELO MINISTÉRIO DO TRABALHO. CANCELAMENTO DA SÚMULA 349, DO C. TST. PRECEDENTES DESTA C. CORTE. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 7º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 6º, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO, E 59, § 2º, DA CLT, E CONTRARIEDADE À SÚMULA 85, DO C. TST, NÃO CONFIGURADA. Constitui fato incontroverso a existência de atividade insalubre no âmbito da reclamada, do que resulta inválido, à vista do cancelamento da Súmula 349, do C. TST, pela Resolução 174/2011, o banco de horas estipulado por meio de norma coletiva, sem prévia licença da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho, na forma do artigo 60, da CLT.

As súmulas editadas por este Tribunal Superior não constituem lei em sentido formal ou material, mas cristalização jurisprudencial interpretativa da lei vigente, com base em julgamentos reiterados no mesmo sentido, sem caráter vinculante e não submetidas aos requisitos de vigência e irretroatividade aplicáveis às espécies normativas, na forma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Destarte, ao entender exigível a licença prévia da autoridade em saúde e higiene do trabalho para a adoção do regime, estabelecido em norma coletiva, de banco de horas em ambiente insalubre, em período anterior ao cancelamento da Súmula 349, do C. TST, o E. Regional não violou o disposto no artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, tampouco nos artigos 7º, XIII, da Constituição Federal e 59, § 2º, da CLT, colocando-se ainda em linha com a reiterada jurisprudência desta C. Corte Superior. Precedentes. Afasta-se, igualmente, a arguição de contrariedade à Súmula 85, do C. TST, observando-se, ademais, que não se constata interesse recursal na arguição dos artigos 293 e 460, do CPC, de vez que, nos termos do v. aresto regional, os limites do pedido inicial não foram ultrapassados, na hipótese dos autos. Agravo de Instrumento conhecido e desprovido" (8ª Turma, AIRR - 2628-89.2012.5.03.0047 Desembargadora Convocada Relatora Ministra: Jane Granzoto Torres da Silva, DEJT 05/12/2014).

Assim, a validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre não prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/1988; art. 60 da CLT).

Dou provimento parcial, porém, para limitar a condenação aos períodos de outubro/2014 até 04/06/2015 e de 07/12/2015 até 06/04/2018 e para que se observe na apuração os valores comprovadamente pagos sob o mesmo título.

HONORÁRIOS PERICIAIS

A reclamada se insurgiu, ainda, contra o valor arbitrado a título de honorários periciais para perícia de insalubridade (R\$ 1.000,00) dizendo que "não é devido qualquer pagamento a título de adicional de insalubridade, razão pela qual também se torna indevida a sucumbência da reclamada quanto aos honorários periciais".

Sem razão.

Sem ambages, a reclamada foi sucumbente quanto ao objeto da perícia: adicional de insalubridade.

No mais, vê-se que o laudo apresentado foi bem fundamentado, esclarecedor e apresenta fotografias do local de trabalho do autor, tendo o perito avaliado dois agentes relacionados nos anexos da NR-15.

Nego provimento.

IPCA-E

A reclamada disse, por fim, que "resta patente a não aplicabilidade do IPCA-E como fator de atualização dos débitos da presente demanda. Requer-se, assim, a manutenção dos critérios vigentes de correção monetária, na forma da Lei. 8177/91".

Muito bem.

Sem ambages, o Pleno do TST já pacificou a questão i) declarando a inconstitucionalidade do art. 39 da Lei 8.177/91 (ArgInc-479-60.2011.5.04.0231) e ii) modulando os efeitos da decisão, fixando-os "a partir de 25 de março de 2015" (ED-ArgInc-479-60.2011.5.04.0231, j. em 20/03/2017).

Nesse sentido, os recentes julgados:

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº13.015/2014. CORREÇÃO MONETÁRIA DO DÉBITO TRABALHISTA. TAXA REFERENCIAL (TR). INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADOÇÃO DO ÍNDICE DE PREÇOS AO CONSUMIDOR AMPLO ESPECIAL (IPCA-E).

1. Ao concluir o julgamento do RE nº 870.947/SE (Relator: Min. LUIZ FUX), em que se discutia a aplicação de juros de mora e correção monetária nos casos de condenação impostas ao Poder Público, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria, decidiu afastar a utilização da Taxa Referencial(TR) como índice de atualização dos débitos judiciais da Fazenda Pública, mesmo em período anterior à expedição de precatório, e adotar o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

2. O Tribunal Pleno deste Tribunal Superior, nos autos do Proc. ArgInc479-60.2011.5.04.0231, declarou a inconstitucionalidade da expressão 'equivalentes à TRD', contida no 'caput' do artigo 39 da Lei nº 8.177/91, e, adotando a técnica de interpretação conforme a Constituição Federal para o texto remanescente do dispositivo impugnado, fixou a variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) como fator de correção a ser utilizado na tabela de atualização monetária dos débitos trabalhistas na Justiça do Trabalho.

3. Ao julgar os Embargos de Declaração interpostos naqueles autos, esta Corte Superior fixou novos parâmetros para a modulação dos efeitos da decisão, definindo o dia 25/3/2015 como o marco inicial para a aplicação da variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) como fator de atualização, de modo que deve ser mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TRD) para os débitos trabalhistas devidos até o dia 24/3/2015, e, a partir do dia 25/3/2015, a correção deve ser

realizada pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). Recurso de revista conhecido e provido, no particular" (RR - 351-51.2014.5.09.0892, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DEJT 02/03/2018).

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA ELETROCEEE. APELO REGIDO PELA LEI 13.015/2014. EXECUÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. ATUALIZAÇÃO. ÍNDICE APLICÁVEL. O único dispositivo constitucional transcrito nas razões de revista e renovado neste agravo de instrumento - art. 100, § 12 - trata da atualização dos precatórios, nada dispondo acerca do índice de correção monetária aplicável aos débitos trabalhistas. Por essa razão, resta inviável o reconhecimento de violação direta e literal aos seus termos, tal como exige o art. 896, § 2.º, da CLT. Agravo de instrumento não provido. II - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA RIOGRANDE ENERGIA S.A.. APELO REGIDO PELA LEI 13.015/2014.EXECUÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. ATUALIZAÇÃO. ÍNDICE APLICÁVEL. 1. O Pleno do TST, no julgamento do processo ArgInc-479-60.2011.5.04.0231, DEJT 14/8/2015, declarou a inconstitucionalidade do art. 39 da Lei 8.177/1991 e, em consequência, determinou a adoção do IPCA-E para atualização dos créditos trabalhistas, em substituição à TRD. 2. Ao analisar os embargos de declaração que se seguiram (ED-ArgInc - 479-60.2011.5.04.0231,DEJT 30/6/2017), o Tribunal Superior do Trabalho decidiu fixar novos parâmetros para a modulação dos efeitos da decisão, definindo o dia 25/3/2015 como o marco inicial para a aplicação da variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) como fator de atualização. 3. Em suma, nos termos da decisão proferida pelo Pleno do TST no julgamento do processo ArgInc-479-60.2011.5.04.0231, deve ser mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TRD) para os débitos trabalhistas devidos até o dia 24/3/2015, e, após, a partir do dia 25/3/2015, a correção deve ser realizada pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). 4. Registre-se que não mais subsiste a suspensão da decisão do TST conferida liminarmente pelo STF nos autos da Reclamação 22.012, pois a Suprema Corte julgou-a improcedente no dia 5/12/2017, fazendo prevalecer, desse modo, o julgado do Pleno desta Corte. 5. No caso dos autos, a decisão do Tribunal Regional não obedeceu aos parâmetros da modulação fixados pelo TST, porque determinou a aplicação do IPCA-E a partir de 30/6/2009, e não do dia 25/3/2015. 6. É possível concluir, assim, pela existência de violação do art. 5.º, II, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido" (ARR - 636-25.2011.5.04.0751 Data de Julgamento: 13/12/2017, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2017).

Do exposto, dou parcial provimento ao recurso apenas para ajustar a condenação à modulação de efeitos, que serão contados a partir de 25/03/2015, como decidido no ED-ArgInc-479-60.2011.5.04.0231.

Conclusão do recurso

Conheço do recurso do reclamante e parcialmente do recurso da reclamada para, no mérito, dar provimento parcial a ambos.

Custas inalteradas.

É o voto.

ACÓRDÃO

ISTO POSTO, acordam os membros da Terceira Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, em sessão ordinária hoje realizada, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso da Reclamada e integralmente do recurso do Reclamante e, no mérito, por maioria, dar-lhes parcial provimento, vencido, em parte, o Relator que dava provimento parcial menos amplo ao apelo e que adaptará o voto nos termos da divergência apresentada pelo Desembargador Elvecio Moura dos Santos, quanto a justa causa, bem como juntará voto vencido, neste particular. Os Desembargadores Elvecio Moura dos Santos e Mário Sérgio Bottazzo com ressalvaram entendimento pessoal em razão da decisão adotada na ArgInc 0010504-15.2018.5.18.0000, quanto à inconstitucionalidade da expressão "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa" presente no §4º do art. 791-A da CLT, por afronta aos arts. 1º, III

e IV; 3º, I e III; 5º, caput e incisos XXXV e LXXIV e §2º; 7º a 9º, todos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Participaram do julgamento os Excelentíssimos Desembargadores SILENE APARECIDA COELHO (Presidente), ELVECIO MOURA DOS SANTOS e MÁRIO SÉRGIO BOTTAZZO. Presente na assentada de julgamento o d. representante do Ministério Público do Trabalho. Sessão de julgamento secretariada pela Chefe do Núcleo de Apoio à Terceira Turma, Maria Valdete Machado Teles.

Goiânia, 21 de fevereiro de 2018.

MARIO SERGIO BOTTAZZO
Relator

Voto vencido

VOTO VENCIDO

Justa causa é o ato faltoso grave. É faltoso o ato que configure descumprimento dos deveres e obrigações contratuais; ele é grave se acarretar a quebra da indispensável fidúcia que deve haver entre as partes, ou torne, de outra forma, insustentável a manutenção do vínculo contratual.

Não basta, entretanto, que o ato seja faltoso e grave - além disso, na lição do saudoso Octavio Bueno Magano, devem concorrer as seguintes condições: 1ª) atualidade ou relação de imediação entre o ato faltoso e a resposta patronal; 2ª) caráter determinante do ato faltoso; 3ª) proporcionalidade entre o ato faltoso e a resposta patronal e 4ª) "non bis in idem" (**Do Poder Diretivo na Empresa**. Saraiva, p. 179).

A proporcionalidade entre falta e resposta patronal é aferida tendo-se em mira a finalidade do poder de dirigir. Sim, porque o empregador não pode exorbitar da justa medida necessária

para manter a boa organização do trabalho na empresa, pois nisto reside a finalidade do poder de dirigir.

Neste sentido, calha à fiveleta mais uma vez a lição de Magano (obra citada, p. 236), no sentido de que "o poder diretivo não deve ser entendido como mera prerrogativa do empregador e sim como poder orientado à realização de determinados valores, que, no dizer de Durand e Jaussaud, correspondem a uma boa organização do trabalho na empresa".

Entendo assim que o exercício regular do poder diretivo, sendo um direito-função, não obriga o empregador a transformar-se num "pedagogo trabalhista", na expressão jocosa de José Luiz Ferreira Prunes (**Justa Causa e Despedida Indireta**. Juruá, 1995, p. 30), mas dele exige que tenha sempre em vista o necessário a uma boa organização do trabalho na empresa.

É claro que os trabalhadores podem e devem lutar por melhores condições de trabalho e protestar contra abusos cometidos pelo empregador, de forma pacífica.

E há casos em que a paralisação imediata do trabalho é justificável - por exemplo, se ocorre acidente vitimando colega de trabalho. Com maior razão, se o acidente aconteceu em razão de condições inseguras de trabalho.

Outra coisa é a sublevação concatenada e inopinada de trabalhadores pretendendo a melhoria das condições ajustadas de trabalho - insubordinação coletiva, portanto.

Isto é insuportavelmente grave não só pelo trabalho que deixou de ser realizado, mas especialmente pela afronta ao empregador.

Por isso, o ato não é assimilável a um simples atraso, ou a uma ausência ao trabalho: o movimento concatenado de abandono dos postos de trabalho é uma claríssima e insuportável ofensa ao patrão, se não justificada.

Em miúdos, a gravidade não está na ausência do trabalho, em si mesma, mas na

verdadeira afronta ao empregador, o que torna insuportável a manutenção do contrato de trabalho.

A reclamada realizou um inquérito administrativo (ID. 7f89f0a), do qual constam os seguintes depoimentos:

"que no dia 20/02/2018 conversou com os funcionários dos setor de Salsicha e Mortadela (não quer citar os nomes dos funcionários) para parar o setor para reivindicar aumento salarial; que nesse dia realizou somente 2 apenas 2 (duas) massadas; que é operador de máquinas da misturadeira e emulgador; que o supervisor Rodrigo conversou com todos os funcionários e seus colegas voltaram a trabalhar; que não voltou a trabalhar pois queria uma resposta em relação ao aumento salarial; que o Rodrigo e o Cloves conversaram com o mesmo" (depoimento do reclamante, o qual não está assinado, destaquei).

"Que era superior do Sr. Francisco das Chagas; que no dia de ontem 20/02/2018 o Sr. Francisco veio até ao encontro do depoente e o supervisor Sr. Rodrigo; que o Sr. Francisco indagou o depoente e o supervisor o porquê do trabalho somente aumentar e nada do salário ter um aumento; que o depoente e o Sr. Rodrigo explicou toda a situação ao Sr. Francisco; que **o Sr. Francisco** não entendendo as explicações **falou que iria conversar com os demais operadores de máquina do setor para realizar um motim e fazer com que parasse a linha de produção;** que aquilo que o Sr. Francisco almejava aconteceu, a linha parou; **que o Sr. Rodrigo se deslocou até ao Sr. Francisco e aos demais operadores de máquina para pedir que voltassem a trabalhar; que os demais operadores retornaram ao trabalho; que apenas o Sr. Francisco não retornou ao trabalho e persistiu em não trabalhar"** (depoimento do funcionário Clovis de Oliveira Feitosa, Operador de Produção IV, destaquei).

"que no dia 20/02/2018 por volta das 15:00hs estava na embalagem, momento que percebeu um tumulto com os funcionários; que **perguntou aos funcionários o que estava ocorrendo, então lhe disse que o Francisco das Chagas disse que era para todos os funcionários do setor parar de trabalhar para fazer 'greve';** que o Francisco das Chagas estava conversando com os operadores de seu setor; que disse ao mesmo - não faz isso não, pois pode dar problema para vocês; que mesmo assim **o Sr. Francisco das Chagas insistiu em parar e a convencer os outros funcionário a pararem também** (Delmar, Lenildo, Charleandro, Cleiton

e o Denilson); que **todos pararam de trabalhar, que nesse momento comunciou ao supervisor Rodrigo; que o após o Rodrigo conversar com os funcionários os mesmo voltaram a trabalhar, contudo o Francisco das Chagas não retornou e insistiu em continuar com a greve**" (depoimento do funcionário Donisete Francisco da Silva, Operador Máquina III, destaqueei).

E a prova oral consistiu no depoimento do reclamante e de duas testemunhas, uma de cada parte, que assim disseram:

"que não sabe informar porque foi demitido da empresa; que nunca tentou fazer qualquer espécie de paralização" (depoimento do reclamante, ID. 7ec142a - Pág. 1).

"que acredita que o reclamante foi demitido porque pensou em conversa com o chefe para pedir aumento; **que o depoente também conversou sobre o aumento, mas não foi demitido**" (depoimento da testemunha Chaleandro Mesquita Dias, conduzido pelo reclamante, ID. 7ec142a - Pág. 1, destaqueei).

"que **reclamante foi demitido da empresa porque captaneou uma greve dentro da empresa** e por causa disso foi demitido; que em dado dia o reclamante em virtude da paralisação **o reclamante recusou a voltar a produção**; que Clóvis é operador IV e o Rodrigo é supervisor especialista; que André é o supervisor do reclamante; que o Rodrigo acompanhou o ocorrido no dia da paralisação e o pessoal do jurídico; **que a paralisação ocorreu por mais de meia hora; que o supervisor e o jurídico conversaram com o reclamante para voltar ao trabalho e este se recusou; que o reclamante não acatou a ordem, não mais trabalhando este dia; que o depoente estava presente durante o acontecido**" (depoimento da testemunha Donisete Francisco da Silva, conduzida pela reclamada, ID. 7ec142a - Pág. 2, destaqueei).

Como se vê, emergiu processualmente provado que **o reclamante incitou os demais colegas a paralisarem suas atividades e que apenas ele (reclamante) se recusou a retomar os serviços**, caracterizando o **ato faltoso grave** que torna insuportável a manutenção do contrato de trabalho.

Prova disso é que a reclamada manteve o contrato de trabalho dos outros empregados que participaram da paralisação, havendo assim fatores de distinção (o reclamante se recusou a retomar suas atividades) que justificaram a aplicação de penalidades distintas para os trabalhadores que estiveram envolvidos na paralisação.

Do exposto, resta mantida a sentença neste ponto.

Quanto ao dano moral, porque não houve "desconfiguração da justa causa postulada", não há nada a reformar.

Nego provimento.

MÁRIO SÉRGIO BOTTAZZO

Desembargador(a) Relator(a)