

EMENTA: RECURSO DE REVISTA ? HORAS EXTRAORDINÁRIAS – JORNADA 12X36 ? DIVISOR APLICÁVEL. Deve ser aplicado o divisor 220 para o cálculo das horas extraordinárias do empregado que trabalha no regime especial de 12x36. Recurso de revista não conhecido.

INTEIRO TEOR:

A C Ó R D Ã O 7ª Turma

Recurso de revista não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1744-77.2011.5.09.0322, em que é Recorrente ELIAS DOMINGUES RODRIGUES e Recorrida PROFORTE S.A – TRANSPORTE DE VALORES.

O 9º Tribunal Regional do Trabalho, a fls. 355-369, deu parcial provimento ao recurso ordinário do reclamante. Decidiu, entre outros temas, que não são devidas diferenças de horas extraordinárias e o intervalo intrajornada foi corretamente concedido. Afirmando haver omissão no julgado, o reclamante opôs embargos de declaração, fls. 371-374.

A Corte local, a fls. 377-380, rejeitou os embargos de declaração, pois inexistentes os vícios indicados.

Inconformado, o reclamante interpõe o presente recurso de revista, a fls. 382-397, fundado em afronta dos arts. 5º, XXXV, 93, IX, da Constituição Federal, 64, 832 da CLT, 131, 458 e 535 II, do CPC, além de contrariedade às Súmulas nºs 338, I e III, e 431 do TST. Apresenta divergência interpretativa.

Em suas razões, o autor sustenta que o acórdão regional é nulo por negativa de prestação jurisdicional; deve ser utilizado o divisor 210 para a apuração das horas extraordinárias; a realização habitual de sobrelabor invalida o acordo de compensação; e o intervalo intrajornada não era usufruído. O apelo de revista foi admitido a fls. 399-400. Transcorrido in albis o prazo para a apresentação das contrarrazões. Dispensado o parecer do Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83 do RITST.

É o relatório.

V O T O

1 – CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos recursais extrínsecos concernentes à tempestividade (fls. 381 e 382), à representação processual (fls. 28) e dispensado o preparo, passo ao exame dos pressupostos específicos de admissibilidade.

1.1 – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O Tribunal local decidiu que é válida a jornada 12x36 estabelecida mediante norma coletiva e o intervalo intrajornada era regularmente concedido. Afirmando haver omissão no julgado, o autor interpôs embargos de declaração. Sustentou que a prestação habitual de horas extraordinárias invalida o acordo de compensação e havia a supressão do intervalo intrajornada, que não era anotado nos controles de ponto.

A Corte local rejeitou os declaratórios, porque o embargante manifestou apenas inconformismo com o resultado do julgamento e pretendeu o reexame dos fatos, das provas e da tese expressamente postas no aresto, o que é incabível na limitada via declaratória. No arrazoado da revista, o reclamante argui a nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional. Aponta violação dos arts. 5º, XXXV, 93, IX, da Constituição Federal, 832 da CLT, 131, 458, e 535, II, do CPC.

Aduz que o Tribunal Regional negou-se a sanar as omissões existentes e deixou de resolver as questões indicadas nos embargos de declaração. Ab initio, saliente-se que, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 do TST, a nulidade por negativa de prestação jurisdicional somente pode ser conhecida por violação dos arts. 93, IX, da Carta Magna, 832 da CLT e 458 do CPC. Com efeito, verifica-se que a Corte a quo não se furtou a entregar a totalidade da prestação jurisdicional a que se encontra constitucionalmente afeta.

In casu, a pretensão do recorrente não era outra senão rever a conclusão do acórdão impugnado quanto às horas extraordinárias e ao intervalo intrajornada. Como se pode observar, as questões aventadas pelo insurgente foram devida e expressamente examinadas pelo Tribunal local ao consignar que é absolutamente válido o regime 12x36, pois não havia a realização habitual de horas extraordinárias; e o intervalo durante a jornada foi respeitado, porque os controles de ponto apresentam variação de marcação ou estão pré-assinalados, não tendo sido produzida prova apta a invalidá-los.

Resta, portanto, demonstrada a inequívoca intenção do reclamante de, por meio da arguição de defeitos no julgado, obter a reapreciação dos fatos, das provas e da tese estampados literalmente no acórdão embargado.

A natureza infringente dos embargos de declaração opostos em segunda instância é cristalina. O órgão julgador não precisa rebater todos os argumentos da parte, mas deve, com base no princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC), apresentar as razões de sua decisão. Todas as questões essenciais e relevantes para o desate da lide foram resolvidas fundamentadamente. Não se há de falar em error in procedendo na hipótese.

Não houve negativa de prestação jurisdicional. Dessarte, inviável o conhecimento do recurso de revista neste tópico, pois intactos os arts. 93, IX, da Carta Política, 458 do CPC e 832 da CLT.

Não conheço.

1.2

– HORAS EXTRAORDINÁRIAS – REGIME 12X36 – VALIDADE – DIVISOR

O Colegiado

a quo decidiu não serem devidas diferenças de horas extraordinárias. Confira-se

in verbis, fls. 361-366:

REGIME 12 X 36. DIVISOR 210. INTERVALO INTRAJORNADA

Constou da r. sentença:

O Autor alega nulidade da cláusula convencional que retira o direito a extras a partir da oitava hora. E, ainda que assim não se entenda, afirma ter direito às trabalhadas além da 12ª diária e/ou 44ª semanal (fls. 313/314), pois não utilizado o correto divisor, que, no seu entender, deveria ser o 210 (fl. 316). Também aponta que nos cartões-ponto não há qualquer variação na marcação do intervalo intrajornada, devendo incidir, no particular, o comando da Súmula nº 338, III, do C. TST, até porque a Reclamada, continua a argumentar, admitiu em contestação que nem sempre era possível a sua fruição, tornando o fato incontroverso.

Salienta a impossibilidade de se acolher a previsão normativa quanto à supressão do intervalo intrajornada sem a devida contraprestação e, por fim, que se reconheça seu direito ao menos de julho a novembro de 2009, período durante o qual não foram juntados os cartões-ponto. Quanto aos feriados, alega que a r. sentença os confundiu com os repousos semanais remunerados, estes sim, diferentemente daqueles, já quitados com o adicional de 100% (fl. 324).

Analisa-se. De plano, não se encontra em debate a validade e a efetiva submissão regular do Autor a referido regime de compensação, o que, portanto, não autoriza a consideração da jornada de oito horas como marco limítrofe à definição de trabalho extraordinário, ou o acatamento da inicial nos meses em que ausentes os controles (de julho a novembro de 2009).

Em relação à jornada, o seu depoimento pessoal somente manteve controversa a questão dos intervalos intrajornadas e, ainda assim somente, das oportunidades em que trabalhou à noite, das 19h às 07h: "O autor desde já reconhece que laborava em jornada de 12x36, das 7h às 19h e das 19h às 7h, sendo que no horário diurno tinha 1h de intervalo e no horário noturno não havia intervalo. O que está errado no cartão é o intervalo noturno que não era usufruído" (fl. 273).

A Constituição Federal reconhece total validade aos acordos e convenções coletivas (art. 7º, XXVI) e devem ser respeitadas as obrigações assumidas pelas partes. Observado o seu cumprimento, não se cogita de prejuízo à saúde do trabalhador, já que o período elástico entre uma jornada e outra lhe permite a plena recuperação orgânica. Nesse sentido, a Súmula nº 444 do C. TST.

De igual modo deve prontamente ser rejeitado o pedido de diferenças de horas extras fundado no divisor 210. Nos termos do art. 64 da CLT, uma vez que as CCT preveem uma carga horária semanal de quarenta e quatro horas para a categoria, mesmo no regime 12 x 36, há de ser utilizado, sempre, o divisor 220. E completou no julgamento dos embargos de declaração, fls. 378:

REGIME 12 X 36

O Reclamante sustenta omissis o v. acórdão a respeito da validade do regime compensatório 12 x 36. Indaga se a prestação habitual de horas extras não invalida o regime em questão. Não obstante todo respeito devido às razões de embargos, mas no v. acórdão não foi reconhecida a prestação habitual de horas extras, daí não se viabilizar a pretensão como posta.

O alegado "demonstrativo" do Autor não foi considerado, pois apresentava labor extraordinário decorrente de supressão do intervalo intrajornada e da redução da hora noturna reduzida, direitos que, como pressupostos para o seu aceite, não foram reconhecidos.

Nega-se provimento.

O reclamante, no apelo de revista, indica ofensa ao art. 64 da CLT e contrariedade à Súmula nº 431 do TST. Exibe julgados dissonantes. Argumenta que deve ser aplicado o divisor 210 para o cálculo das horas extraordinárias, porque a jornada de trabalho do autor é diferenciada, não sendo de 44 horas semanais, mas de 36 ou 46 horas.

Defende, também, que o regime de trabalho 12x36 não tem validade, visto que havia a realização habitual de horas extraordinárias, sendo tal questão incontroversa nos autos. Em primeiro lugar, o empregado que cumpre regime 12x36 trabalha quatro dias em uma semana e três dias na seguinte, havendo compensação, na forma autorizada em norma coletiva.

Desta forma, há a alternância permanente da jornada semanal, realizando 36 ou 48 horas.

A prima facie o empregado perfaz uma média de 42 horas semanais. Contudo, levando-se em consideração a redução da hora noturna, nos termos do art. 73, § 1º, da CLT, percebe-se que a jornada semanal do empregado acaba inevitavelmente sendo superior a essa média aritmética simples. Por esse raciocínio, o divisor a ser utilizado para cálculo do valor da hora extraordinária continua a ser o 220, e não o 210, como pretende o reclamante.

Nesse sentido são os seguintes precedentes:

RECURSO DE REVISTA – JORNADA 12X36 – DIVISOR APLICÁVEL. A jurisprudência desta Corte vem se firmando no sentido de que o empregado que cumpre regime 12x36 trabalha quatro dias em uma semana e três dias na seguinte, havendo compensação, na forma autorizada em convenção coletiva. Por conseguinte, somente é considerado extraordinário o trabalho que exceda a 44ª hora semanal. Por esse raciocínio, o divisor a ser utilizado para cálculo do valor da hora extra é 220, e não 210. Precedentes das Turmas do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-1489-42.2011.5.03.0143, 7ª Turma, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DJ de 21/2/2014)

(...) DIVISOR 220. JORNADA 12X36. O fato de o empregado trabalhar quarenta e oito horas na primeira semana e trinta e seis horas na semana seguinte não reduz o divisor para o cálculo de horas extraordinárias, que continua sendo o 220. Recurso de revista conhecido e provido. (...) (RR-786-50.2012.5.03.0152, 6ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ de 27/9/2013)

(...) REGIME DE COMPENSAÇÃO 12X36. HORAS EXTRAS. DIVISOR APLICÁVEL. No regime de compensação na forma de 12 horas de trabalho seguidas de 36 horas de descanso, o trabalhador cumpre 48 horas de labor numa semana e 36 horas de trabalho na semana seguinte, ciclo que se repete sucessivamente. Nesse sistema compensatório, a carga horária semanal média é de 42 horas, o que atrairia, em tese, a aplicação do divisor 210, tal como decidiu o Tribunal Regional. Entretanto, não se deve olvidar que a duração normal do trabalho permanece sendo de 8 horas por dia e 44 horas por semana. O que o referido regime possibilita é tão somente a compensação do labor prestado em excesso numa semana mediante a prestação de menos horas de trabalho na semana seguinte. Ademais, o trabalho no regime de compensação 12x36 abrange inevitavelmente o período noturno, em que a duração da hora é reduzida, nos termos do art. 73, § 1º, da CLT. Por essa razão, não é correto afirmar que a carga horária semanal média é de tão somente 42 horas, porque, considerada a duração ficta da hora noturna de 52 minutos e 30 segundos, ocorre a prestação de mais horas que aquelas reveladas pela simples média aritmética. Por conseguinte, o divisor aplicável ao caso é o 220. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (RR-28200-87.2009.5.03.0003, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Eizo Ono, DJ de 20/4/2012)

HORAS EXTRAS – REGIME DE 12HX36H – DIVISOR APLICÁVEL. Na jornada 12hx36h, o empregado labora quarenta e oito horas em uma semana e trinta e seis na seguinte, o que evidencia a compensação de jornada. Assim, esta Corte firmou o entendimento no sentido de que somente é considerada hora extraordinária a que exceda ao limite das 44 semanais, atraindo a aplicação do divisor 220. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-65600-02.2008.5.03.0091, 2ª Turma, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DJ de 30/11/2012)

DIVISOR. REGIME 12X36. HORAS EXTRAS. O empregado que cumpre regime de 12x36 trabalha quatro dias em uma semana e três dias na seguinte, havendo compensação, na forma autorizada em convenção coletiva. Por conseguinte, somente é considerado extraordinário o trabalho que exceda a 44ª hora semanal. Por esse raciocínio, o divisor a ser utilizado para cálculo do valor da hora extra é 220, e não 210. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-121200-84.2009.5.03.0022, 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DJ de 16/12/2011)

JORNADA 12X36. HORA EXTRA. DIVISOR APLICÁVEL. Na jornada 12x36, o empregado labora quarenta e oito horas em uma semana e trinta e seis horas na seguinte, o que evidencia a compensação de jornada. Nesse contexto, a duração de sua jornada semanal é de quarenta e quatro horas, o que atrai a aplicação do divisor 220 para o cálculo do valor do salário-hora. Precedentes. Recurso de revista conhecido e não provido. (RR-4-68.2010.5.03.0134, 3ª Turma, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DJ de 11/11/2011)

JORNADA DE 12X36. DIVISOR 220. O regime de jornada de 12x36 horas compreende o trabalho de 48 horas numa semana e de 36 horas na outra, demonstrando a compensação da jornada normal de 44 horas semanais e somente é considerada hora extraordinária a que exceda a esse limite, o que atrai a aplicação do divisor 220. Precedentes. Recurso de Revista de que se conhece em parte e a que se dá provimento. (RR-1151-89.2011.5.03.0136, 5ª Turma, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ de 30/11/2012)

JORNADA 12X36. DIVISOR 220. A existência de alternância da jornada semanal no regime de 12x36 evidencia a compensação da jornada normal de 44 horas semanais, razão pela qual deve ser aplicado o divisor 220. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-49-83.2011.5.03.0022, 8ª Turma, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DJ de 10/8/2012)

Por conseguinte, correta a decisão regional que determinou a adoção do divisor de 220 horas para o cálculo do valor da hora extraordinária. No mais, quanto à validade do regime de trabalho em 12x36, não tem sucesso o autor. No art. 7º, XIII, da Carta Magna, o legislador constituinte autorizou a compensação de horários mediante acordo ou convenção coletiva do trabalho, sem impor nenhuma restrição. Assim, a existência de norma coletiva contemplando a possibilidade de compensação de jornada – escala de trabalho de doze horas de serviço por trinta e seis horas de repouso – não autoriza o recebimento de horas extraordinárias além da oitava diária, porquanto a jornada máxima mensal de trabalho não é excedida, prestando, em média, 180 horas de labor.

Neste exato sentido é a Súmula nº 444 do TST.

De fato, a existência frequente de sobrejornada além do horário especial ajustado por norma coletiva descaracteriza o regime 12x36 naquele período específico. O regime de trabalho especial de 12x36 e a realização de horas extraordinárias habituais são absolutamente incompatíveis entre si. Isso porque o regime especial em tela destina-se, justamente, a manter a duração diária e mensal do trabalho do obreiro dentro dos patamares legais e coletivamente estabelecidos, o que não ocorre quando há a execução de sobrelabor usual.

Contudo, no caso, o Tribunal Regional, ao decidir o litígio, empreendeu análise do acervo probatório para a formação de seu convencimento e concluiu que o autor não realizou trabalho extraordinário habitual. É certo que os Tribunais Regionais são soberanos na avaliação do conjunto fático-probatório. Os recursos de natureza extraordinária não podem constituir sucedâneo para o revolvimento do arcabouço probante. Ao Tribunal Superior do Trabalho, Corte revisora, cabe somente a apreciação das questões de direito.

Ultrapassar e infirmar essas conclusões alcançadas no acórdão impugnado – inexistência de sobrelabor habitual – demandaria o reexame dos fatos e das provas presentes nos autos, o que é descabido na estreita via extraordinária.

Incide a Súmula nº 126 do TST.

Partindo dessa premissa fática posta no acórdão regional, impossível afastar a validade do regime de trabalho fixado por meio de norma coletiva. Ressalta-se que para a descaracterização do regime especial é necessária a habitualidade na realização de jornada diária superior a doze horas é habitual, devendo ela reiterada e previsível. O trabalho extraordinário eventual, imprevisível e aleatório, ainda que realizado com certa frequência, não é suficiente para desconstituir a jornada 12x36.

Dessarte, não desafia cognição o recurso de revista também neste ponto, pois o acórdão regional está em perfeita conformidade com o posicionamento desta Corte Superior e necessário o reexame dos fatos e provas da causa. Incide a Súmula nº 333 do TST.

Diante de todo o exposto, não conheço do recurso de revista.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 12 de Março de 2014.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006)

Ministro Vieira de Mello Filho