



PROCESSO Nº TST-RR-51700-49.2005.5.04.0019

A C Ó R D ã O

7.ª Turma

GMDMA/FMG/

RECURSO DE REVISTA

1 - HORAS EXTRAS. COMPENSAÇÃO DE JORNADA. ATIVIDADE INSALUBRE. ACORDO INDIVIDUAL. INVALIDADE. Em se tratando de trabalho realizado em condições insalubres, não se admite a compensação da jornada por meio de acordo individual, seja ele expresso ou tácito, sendo necessária a previsão em acordo ou convenção coletiva de trabalho e a licença prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho. **Recurso de revista não conhecido.**

2 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO-MÍNIMO REGIONAL. Na ausência de lei ou norma coletiva estabelecendo parâmetro distinto a ser adotado, o adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário-mínimo regional vigente no âmbito o Estado em que a reclamante exerce a sua profissão, conforme estabelece o art. 192 da CLT. **Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n.º **TST-RR-51700-49.2005.5.04.0019**, em que é Recorrente **IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE PORTO ALEGRE** e Recorrida **ÉLIDA BENVINDA GUTERRES DUTRA**.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4.ª Região deu parcial provimento aos recursos ordinários das partes.

Inconformada, a reclamada interpõe recurso de revista, com fulcro no art. 896, "a" e "c", da CLT.

Firmado por assinatura eletrônica em 18/12/2013 pelo Sistema de Informações Judiciárias do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006.



PROCESSO Nº TST-RR-51700-49.2005.5.04.0019

Admitido o apelo.

A reclamante apresentou contrarrazões.

Desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, consoante o art. 83, § 2.º, II, do RITST.

É o relatório.

V O T O

1 - PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES. DESERÇÃO DO RECURSO DE REVISTA

A reclamante alega, em contrarrazões, que o recurso de revista está deserto, na medida em que a reclamada não recolheu o valor do depósito recursal vigente à época da interposição do apelo.

Verifica-se que o depósito recursal realizado pela reclamada no ato de interposição do recurso de revista (R\$ 391,00 - seq. 1, fl. 2775), somado ao depósito anteriormente efetuado para fins de interposição do recurso ordinário (R\$ 4.809,00 - seq. 1, fl. 2339), atingiu o valor da condenação (R\$ 5.200,00 - seq. 1, fl. 2115).

Nesse caso, não se reconhece nenhuma irregularidade no preparo do apelo, o qual foi realizado em consonância com a parte final da Súmula 128, I, desta Corte, *in verbis*:

“É ônus da parte recorrente efetuar o depósito legal, integralmente, em relação a cada novo recurso interposto, sob pena de deserção. Atingido o valor da condenação, nenhum depósito mais é exigido para qualquer recurso.” (ex-Súmula nº 128 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.03, que incorporou a OJ nº 139 da SBDI-1 - inserida em 27.11.1998.)

Logo, **REJEITO** a preliminar de não conhecimento.

2 - CONHECIMENTO



PROCESSO Nº TST-RR-51700-49.2005.5.04.0019

Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade, passa-se ao exame dos específicos do recurso de revista.

2.1 - HORAS EXTRAS. COMPENSAÇÃO DE JORNADA. ATIVIDADE INSALUBRE. ACORDO INDIVIDUAL. INVALIDADE

Ao analisar a matéria, a Corte de origem assim se manifestou:

“A reclamada não se conforma com a condenação ao pagamento do adicional de horas extras incidente sobre as horas irregularmente compensadas, assim entendidas as excedentes da oitava diária e da 44ª semanal. Sustenta, em síntese, a regularidade do regime compensatório adotado mediante acordo individual, aduzindo que não há norma constitucional vedando a jornada compensatória em trabalho insalubre.

Sem razão.

A reclamante, é incontroverso, trabalhava em regime compensatório de horário de segunda a sexta feira, conforme convencionado no contrato de trabalho da fl. 55.

O art. 7º, XIII, da CF, estabelece a 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.

No caso em exame, há apenas o ajuste contratual para adoção de regime de compensação de horário (vide contrato de trabalho juntado à fl. 55), o que, todavia, em se tratando de trabalho em condições reconhecidamente insalubres, conforme artigo 60 da CLT, não é suficiente. Nesse sentido, aliás, são os termos da Súmula n. 07 deste Tribunal Regional, que reputa regular a adoção de regime de compensação de horários em atividade insalubre, desde que facultada mediante acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho.



PROCESSO N° TST-RR-51700-49.2005.5.04.0019

Assim, é devido o pagamento do adicional de horas extras sobre as horas irregularmente compensadas, conforme Súmula 85, III, do TST.

Nego provimento ao recurso ordinário da reclamada.”

Nas razões do recurso de revista, a reclamada sustenta que é válido o regime compensatório firmado por meio de acordo individual, mesmo em se tratando de atividade insalubre. Aponta violação do art. 7.º, XIII, da Constituição Federal e contrariedade à Súmula 85 do TST. Transcreve arestos para embate de teses.

À análise.

Insta pontuar ser incontroverso que a reclamante laborava em atividade insalubre e que a Súmula 349 foi cancelada em 25/5/2011.

Assentada tal premissa, cumpre analisar as alterações ocorridas com o cancelamento do referido verbete.

Rememore-se, neste ponto, a redação da Súmula 349 do TST:

"ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO EM ATIVIDADE INSALUBRE, CELEBRADO POR ACORDO COLETIVO. VALIDADE

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

Torna-se evidente, pois, que a validade do regime de compensação de jornada em atividade insalubre é condicionada à existência de acordo ou convenção coletiva.

Não se ignora que o trabalho executado em condições insalubres, ainda mais quando em jornada extraordinária, é capaz de provocar inúmeras consequências nefastas na vida do empregado, como o aceleramento do seu processo de envelhecimento, fadiga física e mental,



PROCESSO Nº TST-RR-51700-49.2005.5.04.0019

limitando-o dos momentos de lazer e descansos, fundamentais para o restabelecimento do organismo humano.

Devo ressaltar que o art. 7.º, XXII, da Constituição Federal de 1998 consigna como um dos princípios cernes no âmbito da proteção e prevenção à saúde do trabalhador a necessidade do empregador reduzir os riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene, segurança, ou seja, a conduta empresarial deve, acima de tudo, proporcionar um ambiente de trabalho saudável com o menor risco possível ao trabalhador.

Presente este contexto, o cancelamento da Súmula 349 foi necessário apenas para explicitar o condicionamento da prorrogação da jornada insalubre à prévia autorização pelos órgãos de fiscalização laboral, não para permitir que o regime de compensação de jornada se tornasse passível de acordo individual.

Vale dizer, referido cancelamento veio a lume para dar ainda mais efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1.º, III, da Constituição Federal e o da Proteção do trabalhador, e, assim, contribuir para que o trabalho, ainda que insalubre, seja realizado da forma menos prejudicial ao trabalhador. Isso porque a *ratio essendi* do cancelamento foi assegurar efetividade aos comandos constitucionais que buscam garantir um meio ambiente de trabalho saudável ao trabalhador.

Nesse passo, a adoção do regime de compensação horária, em se tratando de trabalho insalubre, depende de ajuste coletivo e licença prévia da autoridade competente em higiene do trabalho.

Portanto, não merece reparos a decisão que julgou inválido o regime de compensação pactuado apenas em acordo individual escrito.

Incólumes, assim, o art. 7.º, XIII, da Constituição Federal e a Súmula 85 do TST.



PROCESSO Nº TST-RR-51700-49.2005.5.04.0019

Os arestos transcritos pela reclamada, por sua vez, são inespecíficos (Súmula 296, I, do TST), uma vez que não se referem ao trabalhador que desempenhava atividade insalubre, como no caso em comento.

NÃO CONHEÇO.

2.2 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO

No tema, a acórdão foi assim redigido:

“A reclamada não se conforma com a condenação ao pagamento de diferenças de adicional de insalubridade, pago em grau médio, pela adoção como base de cálculo do salário mínimo regional.

A reclamante, por sua vez, pretende o cálculo da parcela com base na remuneração percebida.

Examino.

O adicional de insalubridade, por ter natureza salarial, deve ser calculado com base no valor mínimo percebido pelo empregado, o que não significa a quantia correspondente ao salário mínimo propriamente dito. Na verdade, o montante correspondente ao valor mínimo devido ao trabalhador serve como suporte ao princípio da equivalência mínima a ser observada entre o trabalho prestado e a contraprestação respectiva.

No caso, não há salário profissional assegurado à reclamante e nem foram juntadas normas coletivas que lhe assegurem piso salarial que tem sido considerado pela jurisprudência como equivalente para os fins do previsto na Súmula 17 do TST.

Assim, considerando que a Súmula Vinculante nº 4 do STF veda a utilização do salário mínimo para qualquer fim, inclusive para efeito de cálculo da base de cálculo do adicional de insalubridade, fixa-se como base de cálculo do referido adicional, o salário-base pago à reclamante.

Nesse contexto, sendo incontroverso que houve pagamento do adicional de insalubridade em grau médio com base no salário mínimo, dou provimento parcial ao recurso ordinário da reclamante para deferir o



PROCESSO Nº TST-RR-51700-49.2005.5.04.0019

pagamento de diferenças de adicional de insalubridade com reflexos, em face da adoção do seu salário-base como base de cálculo do referido adicional.

Nego provimento ao recurso ordinário da reclamada.”

Nas razões do recurso de revista, a reclamada sustenta que a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário-mínimo nacional. Aponta contrariedade à Súmula Vinculante 4 do STF e transcreve arestos para embate de teses.

Predomina nesta Corte o entendimento de que, na ausência de lei ou norma coletiva que estabelece parâmetro distinto a ser adotado, a base de cálculo do adicional de insalubridade deve ser o salário-mínimo.

Essa orientação decorre da decisão proferida pelo STF no julgamento da Medida Cautelar na Reclamação 6.266-0/DF, oportunidade em que a Excelsa Corte suspendeu a aplicação da Súmula 228/TST, na parte em que determinava a incidência do adicional de insalubridade sobre o salário-básico, após reafirmar premissa - fixada no julgamento do RE 565.714/SP - de que mesmo após a edição da Súmula Vinculante 4 “[...] *o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva*”.

Como bem pontuou o Ministro Ives Gandra Martins Filho (ED-AIRR-112140-78.2005.5.04.0029, 7.^a Turma, DEJT de 13/6/2008), a Suprema Corte, ao julgar o Recurso Extraordinário acima mencionado e solucionar a questão da utilização do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, “*adotou técnica decisória conhecida no Direito Constitucional Alemão como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade ('Unvereinbarkeitserklärung')*, ou seja, a norma, não obstante ser declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário



PROCESSO Nº TST-RR-51700-49.2005.5.04.0019

se substituir ao legislador para definir critério diverso para a regulação da matéria".

Todavia, na hipótese em questão, é incontroverso que o Estado do Rio Grande do Sul possui salário-mínimo regional.

Nesse caso, o próprio art. 192 da CLT é expresso em definir que "o exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) **do salário-mínimo da região**, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo".

Com efeito, consoante bem definiu o Exmo. Ministro Luiz Phillipe Vieira de Mello Filho, nos autos do AIRR-44640-76.2005.5.04.0002, DEJT 26/11/2010, "havendo no Estado um salário mínimo fixado em lei, que vem a ser o menor salário a ser pago ao trabalhador, deve ser este o salário considerado como base de cálculo do adicional de insalubridade".

A ilustrar o entendimento que ora se adota, trago à colação os seguintes precedentes:

"RECURSO DE REVISTA. 1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO STF. EFEITOS PROTRAÍDOS. MANUTENÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO REGIONAL COMO BASE DE CÁLCULO, ATÉ A EDIÇÃO DE NOVA LEI EM SENTIDO CONTRÁRIO OU CELEBRAÇÃO DE CONVENÇÃO COLETIVA DAS CATEGORIAS INTERESSADAS PARA ESTABELEECER A BASE DE CÁLCULO QUE INCIDIRÁ SOBRE O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. O E. Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula Vinculante nº 4, assentou, em sua redação, ser inconstitucional a utilização do salário mínimo como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, tratando a matéria de forma genérica, ou seja, não elegeu o salário ou a remuneração do trabalhador a ser utilizada para a base de cálculo relativa ao adicional de



PROCESSO Nº TST-RR-51700-49.2005.5.04.0019

insalubridade. E mais, apesar de reconhecer tal inconstitucionalidade, a parte final da Súmula Vinculante nº 4 do STF vedou a substituição desse parâmetro por decisão judicial, razão pela qual, outra não pode ser a solução da controvérsia senão a permanência da utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, ressalvada a hipótese de salário profissional *strictu sensu*, até a edição de Lei dispondo em outro sentido ou até que as categorias interessadas se componham em negociação coletiva para estabelecer a base de cálculo que incidirá sobre o adicional em questão. Precedentes da SBDI-1 desta Corte. **Ademais, havendo salário mínimo regional no âmbito do Estado de trabalho do empregado, este deve ser utilizado como base de cálculo do adicional de insalubridade, por prevalecer ao salário mínimo nacional naquele território.** Recurso de revista de que não se conhece. (...)” (RR-1107-15.2010.5.04.0771, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2.ª Turma, DEJT 17/8/2012)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO SALÁRIO MÍNIMO REGIONAL - JULGAMENTO EXTRA PETITA. O Supremo Tribunal Federal, mediante o julgamento do RE 565.714/SP, editou a Súmula Vinculante nº 04, em que concluiu, quanto aos termos do art. 7º, IV, da Constituição Federal, ser vedada a utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade. Apesar de se reconhecer a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como indexador da base de cálculo do referido adicional, foi vedada a substituição desse parâmetro em decisão judicial. Assim, ressalvado entendimento deste Relator, no que tange às relações da iniciativa privada, o adicional de insalubridade deve permanecer sendo calculado com base no salário mínimo enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ordinária ou convenção coletiva. Precedentes da SBDI-1. Todavia, no caso vertente, o Tribunal Regional manteve a decisão proferida pela Vara do Trabalho de origem, que determinara o cálculo do adicional de insalubridade tendo como base o salário mínimo regional. **Os Estados da Federação, respaldados pelo próprio Texto Constitucional, podem, por lei estadual, instituir o respectivo salário mínimo, como fez o Estado do Rio Grande do Sul. Concluiu-se, assim, que a fixação, pelo Tribunal Regional, do salário mínimo regional**



PROCESSO Nº TST-RR-51700-49.2005.5.04.0019

como base de cálculo do adicional de insalubridade não contraria a Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 103-A), nem mesmo o entendimento quanto à vedação de substituição do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, até que sobrevenha lei federal ou norma coletiva dispondo sobre a matéria. **Isso porque extrai-se da decisão do STF que, havendo no Estado um salário mínimo fixado em lei, que vem a ser o menor salário a ser pago ao trabalhador, deve ser este o salário considerado como base de cálculo do adicional de insalubridade.** Agravo de instrumento desprovido.”

(AIRR-44640-76.2005.5.04.0002, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1.ª Turma, DEJT 26/11/2010)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO ESPECIFICADA EM LEI MUNICIPAL. O artigo 7º da Constituição Federal, indicado como violado pela reclamante, enumera os direitos básicos garantidos aos trabalhadores urbanos e rurais, entre eles o adicional de insalubridade, além de outros que visem à melhoria da condição social destes. Nesses termos, na decisão regional, na qual se determinou o salário mínimo regional como base de cálculo do adicional de insalubridade, não foi violada a literalidade do mencionado dispositivo da Constituição Federal. Ademais, o item I da Súmula nº 221 dispõe que a admissibilidade do recurso de revista tem como pressuposto a indicação expressa do dispositivo de lei ou da Constituição Federal tido como violado. Neste caso, a reclamante apenas indicou a violação do artigo 7º sem especificar qual inciso desse dispositivo teria sido violado, circunstância que não satisfaz a condição disposta na referida Súmula. Os arestos apresentados desservem ao fim de viabilizar o conhecimento do recurso de revista, nos termos da Súmula nº 296 desta Corte, na medida em que ambos tratam de demandas nas quais se observa a existência de acordo coletivo que disciplina o pagamento de horas extras, hipótese efetivamente diversa da discutida neste caso. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR-185600-58.2008.5.15.0071, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2.ª Turma, DEJT 7/10/2011)



PROCESSO Nº TST-RR-51700-49.2005.5.04.0019

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO STF. EFEITOS PROTRAÍDOS. MANUTENÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO BASE DE CÁLCULO, ATÉ A EDIÇÃO DE NOVA LEI EM SENTIDO CONTRÁRIO OU A EXISTÊNCIA DE SALÁRIO MÍNIMO PROFISSIONAL EM SENTIDO ESTRITO. 1. O E. Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula Vinculante nº 4, assentou, em sua redação, ser inconstitucional a utilização do salário mínimo como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, tratando a matéria de forma genérica, ou seja, não elegeu o salário ou a remuneração do trabalhador a ser utilizada para a base de cálculo relativa ao adicional de insalubridade. E mais, apesar de reconhecer tal inconstitucionalidade, a parte final da Súmula Vinculante nº 4 do STF vedou a substituição desse parâmetro por decisão judicial, razão pela qual, outra não pode ser a solução da controvérsia senão a permanência da utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, ressalvada a hipótese de salário profissional strictu sensu, até a edição de Lei dispondo em outro sentido. Precedentes da SBDI-1 desta Corte. 2. No presente caso, **o eg. Regional manteve a aplicação do salário mínimo regional instituído para as categorias profissionais no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul (Lei Estadual nº 11.647/01) como base de cálculo do adicional de insalubridade, proferindo, portanto, decisão em harmonia com o entendimento adotado por esta Corte, qual seja, a possibilidade de utilizar o salário mínimo profissional em sentido estrito como base de cálculo do adicional de insalubridade.** 3. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (AIRR-64240-44.2005.5.04.0015, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 7.^a Turma, DEJT 19/3/2010)

Portanto, considerando que não há notícia no acórdão recorrido da existência de lei ou instrumento normativo fixando parâmetro diverso daquele previsto no art. 192 da CLT para o cálculo do adicional de insalubridade devido à autora, conclui-se que tal parcela deve ser calculada sobre o salário-mínimo regional.



PROCESSO Nº TST-RR-51700-49.2005.5.04.0019

Por essas razões, **CONHEÇO** do recurso de revista, por contrariedade à Súmula Vinculante 4 do STF.

3 - MÉRITO

3.1 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO

Como consequência do conhecimento do recurso de revista por contrariedade à Súmula Vinculante 4 do STF, **DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO** para restabelecer a sentença que fixou o salário-mínimo regional como base de cálculo do adicional de insalubridade devido à autora.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I) rejeitar a preliminar de não conhecimento suscitada em contrarrazões; II) conhecer do recurso de revista, apenas quanto ao tema "Adicional de insalubridade. Base de cálculo", por contrariedade à Súmula Vinculante 4 do STF, e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para restabelecer a sentença que fixou o salário-mínimo regional como base de cálculo do adicional de insalubridade devido à autora.

Brasília, 4 de Setembro de 2013.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006)

DELAÍDE MIRANDA ARANTES
Ministra Relatora