PROCESSO Nº TST-RR-66800-71.2006.5.15.0029
C/J PROC. Nº TST-AIRR-66840-53.2006.5.15.0029

A C Ó R D Ã O
6ª Turma
KA/am

RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. As questões suscitadas pela reclamada em embargos de declaração foram suficientemente apreciadas pelo Tribunal de origem, não se constatando a alegada negativa de prestação jurisdicional. Nesses termos, não há violação dos arts. 93, IX, da Constituição Federal e 458 do CPC. Recurso de revista de que não se conhece. **CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PROVA ORAL.** Não configura cerceamento de defesa a decisão que, devidamente fundamentada no laudo pericial, indefere a oitiva de testemunha, nos termos do art. 130 do CPC, por considerar suficiente a prova já produzida nos autos para confirmar o trabalho em condições insalubres. Incólume, pois, o art. 5º, LV, da Constituição Federal. Recurso de revista de que não se conhece. **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. EXPOSIÇÃO A CALOR EXCESSIVO.** Não se aplica a OJ nº 173 da SBDI-1 do TST, porquanto o caso dos autos não é apenas de falta de previsão legal para o enquadramento das atividades desenvolvidas a céu aberto como insalubres, em razão dos raios solares ou variações climáticas (art. 195 da CLT e Anexo 7 da NR 15 do MTb), mas, também, de atividade exercida sob condições de calor excessivo, situação já catalogada em norma regulamentar. Recurso de revista de que não se conhece. **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.** Esta Corte Superior tem reconhecido a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público que adote o salário-mínimo

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004B552264330F4B.

Firmado por assinatura eletrônica em 08/08/2012 pelo Sistema de Informações Judiciárias do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006.

como base de cálculo do adicional de insalubridade, nos termos da súmula Vinculante nº 4 do STF. Porém, em conformidade com o julgamento do STF, e diante da impossibilidade de fixação de qualquer outra base de cálculo pela via judicial, já que matéria reservada a disposição de lei ou ajuste coletivo, determina-se que a parcela seja calculada conforme base de cálculo anteriormente adotada na legislação trabalhista, qual seja, o salário-mínimo, ou, ainda, que seja adotada a base de cálculo estabelecida expressamente por meio de negociação coletiva. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. **INTERVALO INTRAJORNADA. ART. 71 DA CLT. EMPREGADO RURAL.** A decisão do TRT está em consonância com a Orientação Jurisprudencial n.º 381 da SBDI-1 do TST, segundo a qual "a não concessão total ou parcial do intervalo mínimo intrajornada de uma hora ao trabalhador rural, fixado no Decreto n.º 73.626, de 12.02.1974, que regulamentou a Lei n.º 5.889, de 08.06.1973, acarreta o pagamento do período total, acrescido do respectivo adicional, por aplicação subsidiária do art. 71, § 4º, da CLT." Recurso de revista de que não se conhece. **MULTA DE 1% DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 538 DO CPC.** A parte se limita a afirmar que não teria o intuito de protelar o andamento do feito, sem demonstrar de maneira específica e objetiva por que, afinal, era necessária a oposição dos embargos de declaração, qual foi a omissão no acórdão embargado e qual foi o prejuízo processual daí resultante; enfim, sem fazer o confronto entre as alegações

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004B552264330F4B.

PROCESSO Nº TST-RR-66800-71.2006.5.15.0029
C/J PROC. Nº TST-AIRR-66840-53.2006.5.15.0029

> apresentadas no recurso ordinário e nos embargos de declaração e os fundamentos assentados pelo TRT nos respectivos acórdãos, o que não se admite, ante o princípio da dialeticidade ou da discursividade. Recurso de revista de que não se conhece.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-66800-71.2006.5.15.0029**, em que é Recorrente **SÃO MARTINHO S.A.** e Recorrido **FRIDEBERTO MONTEIRO DA SILVA.**

O TRT da 15ª Região, mediante acórdão às fls. 922/944, deu provimento parcial ao recurso ordinário da reclamada e deu provimento parcial ao do reclamante.

A reclamada interpôs recurso de revista, às fls. 982/1008, com fulcro no art. 896, **a** e **c**, da CLT, alegando violação de dispositivos da lei e transcreve arestos para demonstrar o conflito de teses.

O recurso de revista foi admitido pelo despacho de fls. 1.078.

Contrarrazões a fls. 1.080/1.122.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

1. **CONHECIMENTO**

1.1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A reclamada alega que o Tribunal Regional não prestou devidamente a jurisdição quanto aos temas:

Firmado por assinatura eletrônica em 08/08/2012 pelo Sistema de Informações Judiciárias do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004B552264330F4B.

PROCESSO Nº TST-RR-66800-71.2006.5.15.0029
C/J PROC. Nº TST-AIRR-66840-53.2006.5.15.0029

a) adicional de insalubridade: a reclamada alega que o Tribunal Regional não se manifestou sobre a inexistência de previsão na NR 7 da insalubridade decorrente de exposição ao sol de atividade realizada a céu aberto, oscilações frequentes da temperatura, eliminação da insalubridade pelo uso de EPIs, como também a respeito da contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 173 do TST e violação dos arts. 190 e 195 da CLT.

O Tribunal consignou os seguintes fundamentos:

> "Pois bem, o laudo pericial foi conclusivo no sentido de estar caracterizado que o ambiente de trabalho ser insalubre, tendo em vista a avaliação quantitativa e qualitativa, eis que o obreiro estava exposto de modo habitual e permanente ao agente insalubre calor (vide fls. 290/291).
>
> No caso colocado em julgamento, o perito se utilizou adequadamente dos ditames das NR's 6 e 15, bem como levou em conta as declarações do reclamante e do assistente técnico da reclamada e a ausência de EPI capaz de neutralizar os agentes agressivos a que o reclamante estava submetido na sua prestação laboral.
>
> Chegamos à conclusão, portanto, que a atividade exercida pelo reclamante era insalubre devido à exposição ao calor e aos raios solares, em grau médio (20%). Mantenho." (fls. 936)

b) Quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade, as alegações da reclamada foram de que o TRT não se manifestou sobre a Súmula Vinculante nº 4 do STF e o art. 192 da CLT.

No entanto, o Tribunal Regional expôs os fundamentos que determinaram a conclusão de que essa base é o salário contratual, como se vê:

> "É sabido que, até 05/10/1988, era pacífica a aplicação do artigo 192 da CLT, eis que, com a entrada em vigência da atual Constituição Federal, com vistas nos incisos IV e XXIII do artigo 7º, surgiram diversas interpretações.
>
> Entretanto, ainda que a questão ainda gere debates no âmbito da Excelsa Corte, temos para nós que o artigo 192 da CLT foi tacitamente revogado, como nos levam a crer os últimos julgados do E. STF, in verbis:
>
> (...)
>
> Por outro lado, se o adicional de insalubridade tem "por fim indenizar o trabalhador pelos danos e riscos à sua saúde em razão do contato com os respectivos agentes" (Raimundo Simão de Melo, in Direito Ambiental do

Firmado por assinatura eletrônica em 08/08/2012 pelo Sistema de Informações Judiciárias do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004B552264330F4B.

Trabalho e a Saúde do Trabalhador, editora LTr, pág. 147), sendo dever do empregador acabar ou amenizar com a fonte agressiva à saúde dos seus empregados, seja pela modernização tecnológica do parque industrial ou pela entrega de EPIs mais eficazes, não se concebe que o mesmo seja calculado sobre o salário-mínimo, visto que assim procedendo, existe uma desoneração do empregador em propiciar um meio ambiente de trabalho equilibrado e saudável.

Nesse diapasão, entendo que a salário base profissional do obreiro deve ser utilizada para o fim do cálculo do adicional de insalubridade, com todas as integrações legais. Mantenho." (fls. 936/940)

c) Com relação à alegação de que os domingos, quando laborados, eram pagos ou compensados, foram consignados os seguintes fundamentos pelo TRT:

"A reclamada altera totalmente, na fase recursal, a sua causa de pedir (vide fl. 27), o que é impossível, razão pela qual os seus argumentos não serão analisados por esta E.Corte. Mantenho."

Pelo o exposto, estão ilesos os arts. 832 da CLT, 458 do CPC e 93, IX, da Constituição Federal.

Não conheço.

1.2. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PROVA ORAL

O Tribunal consignou os seguintes fundamentos sobre a matéria:

"Entendendo o Sr. Perito Judicial que os EPIs fornecidos pela reclamada eram incapazes de neutralizar o agente agressivo à saúde do reclamante, desnecessária se tornou a prova testemunhal para complementação do laudo pericial. Rejeito." (fls. 934)

A reclamada sustenta que "*pretendia fazer prova oral em relação ao uso e entrega de EPIs, e sua fiscalização de utilização, participação em cursos ministrados pela Recorrente sobre prevenção e conservação da saúde" (fls. 1.020).* Diz que "*as testemunhas arroladas pela empresa seriam capazes de esclarecer os*

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004B552264330F4B.

aspectos controversos quanto à utilização/fornecimento de EPIs" (fls. 1.020).

Argumenta que "*o objetivo da oitiva das testemunhas arroladas pela Empresa (indeferida pelo Juízo) era, justamente, esclarecer (provar) a efetiva entrega dos EPIs e imposição de seu uso pela empresa*" (fls. 1.020). Alega violação do art. 5º, V, da Constituição Federal. Transcreve arestos para confronto de teses.

À análise.

Não configura cerceamento de defesa a decisão que, devidamente fundamentada no laudo pericial, indefere a oitiva de testemunha, nos termos do art. 130 do CPC, por considerar suficiente a prova já produzida nos autos para confirmar o trabalho em condições insalubres. Incólume, pois, o art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Os arestos trazidos são inespecíficos, nos termos da Súmula nº 296 do TST, uma vez que não abordam as mesmas premissas fáticas definidas no acórdão recorrido, quanto ao convencimento do Juízo, com base no laudo pericial, de que os EPIs eram incapazes de neutralizar o agente agressivo à saúde do reclamante.

Não conheço.

1.3. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. EXPOSIÇÃO A CALOR EXCESSIVO

O Tribunal Regional consignou os seguintes fundamentos:

> "Pois bem, o laudo pericial foi conclusivo no sentido de estar caracterizado que o ambiente de trabalho ser insalubre, tendo em vista a avaliação quantitativa e qualitativa, eis que o obreiro estava exposto de modo habitual e permanente ao agente insalubre calor (vide fls. 290/291).
>
> No caso colocado em julgamento, o perito se utilizou adequadamente dos ditames das NR's 6 e 15, bem como levou em conta as declarações do reclamante e do assistente técnico da reclamada e a ausência de EPI capaz de neutralizar os agentes agressivos a que o reclamante estava submetido na sua prestação laboral.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004B552264330F4B.

PROCESSO Nº TST-RR-66800-71.2006.5.15.0029
C/J PROC. Nº TST-AIRR-66840-53.2006.5.15.0029

> Chegamos à conclusão, portanto, que a atividade exercida pelo reclamante era insalubre devido à exposição ao calor e aos raios solares, em grau médio (20%). Mantenho." (fls. 936)

A reclamada sustenta que "*o adicional de insalubridade somente será devido mediante apuração pericial, mas desde que prevista a atividade no quadro das atividades e operações insalubres, ditada pelo Ministério do Trabalho*" (fls. 1.026). Diz que "*a NR-15 do Ministério do Trabalho tem como insalubre a atividade sob radiações não ionizantes, as quais, segundo o item 1 de seu anexo 7, consistem nas emissões de microondas, ultravioletas e de laser*" (fls. 1.026).

Argumenta que "*ainda que considerada a existência jurídica da insalubridade em razão da inspeção e laudo realizados neste caso concreto, a norma exclui a exposição ao sol (ou do calor advindo deste) como elemento possivelmente causador da condição insalubre, pois reconhece como impraticável a medição em face às contínuas variações, próprias das condições meteorológicas em geral*" (fls. 1.026). Acrescenta que deve ser excluído da condenação o adicional de insalubridade e reflexos, pois não há previsão em lei de insalubridade em decorrência de exposição do empregado a raios solares.

Alega violação dos arts. 5º, II, da Constituição Federal, 195, da CLT e que foi contrariada a Orientação Jurisprudencial nº 173, da SBDI-I, do TST. Transcreve arestos para confronto de teses.

À análise.

Do contexto fático descrito pelo Tribunal Regional, tem-se que o reclamante exercia atividade de maneira contínua, com exposição a calor e sem usar EPIs capazes de neutralizar os agentes agressivos. Portanto, foram dois os fundamentos para caracterização da insalubridade.

A Orientação Jurisprudencial nº 173 da SBDI-1 não foi contrariada, pois a insalubridade constatada não decorre apenas

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004B552264330F4B.

da exposição aos raios solares, mas dos níveis excessivos do agente calor, já catalogado em norma regulamentar (NR-15).

O art. 195 da CLT não foi violado, pois o adicional de insalubridade decorrente da exposição excessiva ao calor está catalogado em norma regulamentar (quadros 1 e 2 da NR-15, Anexo n° 3).

Quanto ao art. 5°, II, da Constituição Federal, disciplina o princípio da legalidade, norma de caráter genérico que, no caso dos autos, não poderia ser afrontada de forma direta, conforme exige o art. 896 da CLT, mas, eventualmente, de forma reflexa, se demonstrada a violação de dispositivos de lei.

Nesse sentido, o seguinte precedente desta Turma:

> "RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. (...) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. EXPOSIÇÃO AO CALOR EXCESSIVO. 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. CARACTERIZAÇÃO. A mera exposição a raios solares não enseja o pagamento do adicional de insalubridade, segundo a inteligência consagrada na Orientação Jurisprudencial nº 173, da SBDI-1. No caso, o laudo do expert verificou a presença do agente calor em níveis excessivos. Assim, ainda que decorra da exposição direta aos raios solares, com essa não se confunde, constituindo condição de trabalho em condição mais penosa e que justifica o pagamento do sobresalário. Constatou, ainda, o enquadramento legal no Anexo 3, da NR 15, da Portaria nº 3.214/1978 do Ministério do Trabalho, efetuando as medições do calor conforme determina a norma regulamentar, que não distingue entre calor de ambiente natural ou artificial. Precedente 5ª Turma. NÃO CONHECIDO. (...)"(RR - 104400-28.2008.5.09.0093, Relator Ministro: Emmanoel Pereira,Data de Julgamento: 10/08/2011, 5ª Turma, Data de Publicação: 19/08/2011)

Os arestos colacionados, a fls. 1.028, são inespecíficos, pois emitem tese de que não é devido o adicional de insalubridade decorrente do calor excessivo causado pela exposição a raios solares, por falta de previsão em lei. Porém, no caso dos autos, a condenação está fundamentada em norma regulamentar (NR 15, Anexo 3, quadros 1 e 2) aprovada pelo Ministério do Trabalho, conforme previsto no art. 190 da CLT. Pertinente, portanto, a aplicação da Súmula n° 296 do TST.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004B552264330F4B.

PROCESSO Nº TST-RR-66800-71.2006.5.15.0029
C/J PROC. Nº TST-AIRR-66840-53.2006.5.15.0029

Por fim, o primeiro e o segundo arestos, colacionados às fls. 1.030, não abordam todas as premissas fáticas e jurídicas do acórdão recorrido, pois tratam apenas da insalubridade decorrente da exposição a raios solares. Incidência da Súmula nº 23 do TST.

Pelo exposto, não conheço do recurso de revista.

1.4. HONORÁRIOS PERICIAIS

O tema acima está prejudicado, visto que foi mantida a decisão em relação ao adicional de insalubridade.

Não conheço.

1.5. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO

O Tribunal Regional consignou os seguintes fundamentos:

> "É sabido que, até 05/10/1988, era pacífica a aplicação do artigo 192 da CLT, eis que, com a entrada em vigência da atual Constituição Federal, com vistas nos incisos IV e XXIII do artigo 7º, surgiram diversas interpretações.
>
> Entretanto, ainda que a questão ainda gere debates no âmbito da Excelsa Corte, temos para nós que o artigo 192 da CLT foi tacitamente revogado, como nos levam a crer os últimos julgados do E. STF, in verbis:
>
> (...)
>
> Por outro lado, se o adicional de insalubridade tem "por fim indenizar o trabalhador pelos danos e riscos à sua saúde em razão do contato com os respectivos agentes" (Raimundo Simão de Melo, in Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador, editora LTr, pág. 147), sendo dever do empregador acabar ou amenizar com a fonte agressiva à saúde dos seus empregados, seja pela modernização tecnológica do parque industrial ou pela entrega de EPIs mais eficazes, não se concebe que o mesmo seja calculado sobre o salário-mínimo, visto que assim procedendo, existe uma desoneração do empregador em propiciar um meio ambiente de trabalho equilibrado e saudável.
>
> Nesse diapasão, entendo que a salário base profissional do obreiro deve ser utilizada para o fim do cálculo do adicional de insalubridade, com todas as integrações legais. Mantenho." (fls. 936/940)

A reclamada sustenta que a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário-mínimo. Alega violação dos

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004B552264330F4B.

arts. 5°, II, e 7°, XXIII, da Constituição Federal e 192 da CLT e que foi contrariada a Súmula Vinculante n° 4 do STF. Colaciona arestos para demonstrar o dissenso de teses.

Ao exame.

O terceiro aresto de fls. 1.036, oriundo do TRT da 19ª Região, viabiliza o conhecimento do recurso revista, pois adota tese divergente do acórdão recorrido, de que, mesmo na vigência da Constituição da República de 1988, a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário-mínimo.

Conheço por divergência jurisprudencial.

1.6. INTERVALO INTRAJORNADA. ART. 71 DA CLT. TRABALHADOR RURAL

O Tribunal Regional consignou os seguintes fundamentos:

> "O art. 7° da Constituição Federal igualou, para todos os efeitos, os direitos do trabalhador rural aos do urbano.
>
> Não se pode aceitar, pela hierarquia das normas, que os termos do art. 4° do Decreto n° 73.626/74 se sobreponha ao ordenamento constitucional.
>
> Não bastasse isso, pelo princípio da aplicação da norma mais benéfica ao trabalhador, os ditames estabelecidos pelo art. 71, caput, da CLT devem ser aplicados ao trabalhador rural, sem qualquer restrição ou distinção.
>
> Ficou comprovado que o reclamante usufruía de um intervalo de apenas 30 (trinta) minutos, em total descompasso com os ditames do art. 71, caput, da CLT.
>
> Entendo, outrossim, que é possível o pagamento integral do intervalo intrajornada, ainda que o obreiro tenha gozado de parte desse intervalo, eis que aquele mínimo legal, previsto no art. 71 da CLT, constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, conforme salientado na OJ n° 342, da SDI-1, do C.TST.
>
> Nesse diapasão, a sua concessão parcial não alcança a finalidade protetiva, legalmente amparada, devendo, desse modo, o empregador arcar com o pagamento total do período correspondente, nos termos da OJ n° 307, da SDI-1, do C.TST.
>
> Finalmente, é de se ressaltar que a reclamada não trouxe aos autos o instrumento normativo, onde se teria transacionado o pagamento de 01 hora a título de supressão do intervalo intrajornada.
>
> Ressalte-se, outrossim, que a verba intitulada "561 – IND.ART – 71" não foi paga todos os meses, além dos recibos de pagamento não mencionarem a quantidade de horas transacionadas.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004B552264330F4B.

PROCESSO Nº TST-RR-66800-71.2006.5.15.0029
C/J PROC. Nº TST-AIRR-66840-53.2006.5.15.0029

> Por estas razões, entendo que a condenação da reclamada deve ser mantida." (fls. 940/942)

A reclamada sustenta que "*na forma do art 7º, "b", da CLT (violado pelo acórdão), os preceitos constantes no art. 71 da CLT não se aplicam aos trabalhadores rurais*" (fls. 1.042). Diz que "*para o trabalhador rural há existência de legislação específica, na qual, frise-se, há apenas previsão da infração administrativa – art. 18 da Lei 5.889/73 para a não fruição do intervalo intrajornada, sem menção alguma de qualquer pagamento de indenização, o qual deve ser aplicado, em respeito ao princípio da especialidade*" (fls. 1.042).

Argumenta que "*A indenização de que trata o artigo 71, § 4°, da CLT, deve limitar-se ao tempo faltante para implementar o período mínimo de intervalo para refeição e descanso, legalmente previsto a favor do empregado*" (fls. 1.048). Alega violação dos arts. 5º, II, 7º, "**b**", 71, § 4º, da CLT, e 5º da Lei nº 5.889/73 e que foi contrariada a Orientação Jurisprudencial nº 307 do TST. Transcreve arestos para confronto de teses.

À análise.

A decisão do TRT, entretanto, está em consonância com a Orientação Jurisprudencial n.º 381 da SBDI-1 do TST, que dispõe:

> "INTERVALO INTRAJORNADA. RURÍCOLA. LEI N.º 5.889, DE 08.06.1973. SUPRESSÃO TOTAL OU PARCIAL. DECRETO N.º 73.626, DE 12.02.1974. APLICAÇÃO DO ART. 71, § 4º, DA CLT. (DEJT divulgado em 19, 20 e 22.04.2010) A não concessão total ou parcial do intervalo mínimo intrajornada de uma hora ao trabalhador rural, fixado no Decreto n.º 73.626, de 12.02.1974, que regulamentou a Lei n.º 5.889, de 08.06.1973, acarreta o pagamento do período total, acrescido do respectivo adicional, por aplicação subsidiária do art. 71, § 4º, da CLT."

Nesses termos, não se constata a alegada violação da lei e da CF/88, e estão superados os paradigmas colacionados.

Não conheço.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004B552264330F4B.

PROCESSO Nº TST-RR-66800-71.2006.5.15.0029
C/J PROC. Nº TST-AIRR-66840-53.2006.5.15.0029

1.7. MULTA DE 1% DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 538 DO CPC

O Tribunal Regional negou provimento aos embargos de declaração opostos reclamada, aplicando a multa de 1% do parágrafo único do art. 538 do CPC.

No recurso de revista, a reclamada se limita a afirmar que não teria o intuito de protelar o andamento do feito, sem demonstrar de maneira específica e objetiva por que, afinal, era necessária a oposição dos embargos de declaração, qual foi a omissão no acórdão embargado e qual foi o prejuízo processual daí resultante; enfim, sem fazer o confronto entre as alegações apresentadas no recurso ordinário e nos embargos de declaração e os fundamentos assentados pelo TRT nos respectivos acórdãos, o que não se admite, ante o princípio da dialeticidade ou da discursividade.

Portanto, fica afastada a viabilidade do conhecimento com base na fundamentação jurídica invocada pela recorrente (arts. 5º, II, da Constituição Federal, 538, parágrafo único, do CPC, arestos e Súmula nº 297 do TST).

Não conheço.

2. **MÉRITO**

2.1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO

Registre-se, primeiramente, o cancelamento da Súmula nº 17 do TST.

A utilização do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade após a promulgação da Constituição Federal de 1988 tem sido objeto de intenso debate, não apenas na Justiça do Trabalho, como também no Supremo Tribunal Federal.

No âmbito da Suprema Corte, a jurisprudência esteve oscilante, até o julgamento do Processo RE-565714-SP, Relatora Ministra Carmem Lúcia, DJ 8/8/2008, no qual foi definitivamente reconhecida a inconstitucionalidade da utilização do

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004B552264330F4B.

salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade. Entendeu a Suprema Corte que a norma do art. 7°, IV, da Constituição Federal objetiva que o salário-mínimo não seja utilizado como um fator de indexação, pois isso criaria um empecilho ao seu próprio reajuste, considerando-se os aumentos gerais que decorreriam da vinculação. Essa situação obstaria, conforme reconheceu aquela Corte, a implementação da política salarial estabelecida pelo dispositivo constitucional em questão. Em decorrência desse entendimento, foi editada a Súmula Vinculante n° 4, publicada no DJ 9/5/2008, nos seguintes termos:

> Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário-mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.
>
> Logo em seguida, o Pleno desta Corte alterou a redação da Súmula nº. 228 do TST, que, entretanto, teve sua eficácia suspensa pelo Ministro Presidente do STF, nos autos da Reclamação nº. 6.266-0/DF, in verbis:
>
> Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, em face da decisão proferida pelo Plenário do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que editou a Resolução n° 148/2008 e deu nova redação ao verbete n° 228 da Súmula daquele Tribunal (Súmula n° 228/TST), nos seguintes termos:
>
> -ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº. 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo-.
>
> Em síntese, a título de plausibilidade jurídica do pedido (fumus boni iuris), a reclamante sustenta que a nova redação da Súmula n° 228/TST conflita com a Súmula Vinculante n° 4 desta Corte, ao fixar o salário básico como base de cálculo do adicional de insalubridade.
>
> No que tange à urgência da pretensão cautelar (periculum in mora), a reclamante alerta para a -gravíssima insegurança jurídica-, além de -reflexos danosos e irreparáveis para os empregadores representados pela CNI- e -a proliferação incontinenti de ações, já passíveis de ajuizamento desde a publicação da Resolução do Tribunal Superior do Trabalho n° 148/2008, que dá nova redação à Súmula n° 228- (fl. 08).
>
> Passo a decidir.
>
> O art. 7º da Lei n° 11.417, de 19 de dezembro de 2006, dispõe que -da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação-.

Firmado por assinatura eletrônica em 08/08/2012 pelo Sistema de Informações Judiciárias do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004B552264330F4B.

PROCESSO N° TST-RR-66800-71.2006.5.15.0029
C/J PROC. N° TST-AIRR-66840-53.2006.5.15.0029

> À primeira vista, a pretensão do reclamante afigura-se plausível no sentido de que a decisão reclamada teria afrontado a Súmula Vinculante n° 4 desta Corte:
>
> -Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário-mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial-.
>
> Com efeito, no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante n° 4 (RE 565.714/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Sessão de 30.4.2008 - Informativo nº. 510/STF), esta Corte entendeu que 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.
>
> Dessa forma, com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante n° 4, este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário-mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade.
>
> Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula n° 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante n° 4, porquanto permite a substituição do salário-mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa.
>
> Ante o exposto, defiro a medida liminar para suspender a aplicação da Súmula n° 228/TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade.

De fato, no julgamento do Processo STF-RE-565.714-SP, embora reconhecendo a inconstitucionalidade da adoção do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, o STF concluiu por não adotar nenhum novo parâmetro em substituição ao já utilizado, até que lei regule a matéria. Naturalmente, a via da negociação coletiva também poderá ser utilizada, em especial diante da atual falta de regulamentação por parte do Poder Legislativo.

Nesse particular, não é demais esclarecer que o caso apreciado pelo STF no RE-565.714-SP dizia respeito a ação ordinária ajuizada pelos policiais militares do Estado de São Paulo, impugnando o art. 3° da Lei Complementar Estadual n° 432/85, e postulando a modificação da base de cálculo do adicional de insalubridade até então adotada (dois salários-mínimos), de modo que

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004B552264330F4B.

Firmado por assinatura eletrônica em 08/08/2012 pelo Sistema de Informações Judiciárias do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006.

fosse calculado sobre a remuneração (total dos vencimentos percebidos).

A proposta da relatora era a de que, não sendo possível a adoção do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade e, igualmente, não sendo viável o estabelecimento de outra base de cálculo via provimento jurisdicional, o cálculo do adicional deveria ter como base o equivalente ao total do valor de dois salários-mínimos vigentes quando transitada em julgado aquela decisão. Posteriormente, essa base de cálculo seria atualizada de acordo com a legislação estabelecida para a categoria.

Entretanto, nos debates que se seguiram, concluiu-se que esse critério seria prejudicial para os autores da ação, em relação àquele que vinha sendo observado pelo Estado de São Paulo - adoção de dois salários-mínimos como base de cálculo. Isso porque o salário-mínimo tem sido reajustado em percentuais mais elevados que o índice da inflação apurado em cada ano.

Diante dessa situação, não foi adotada a proposta original da Ministra relatora, de se dar provimento parcial ao recurso para fixar o novo parâmetro desvinculado do salário-mínimo. O Tribunal negou provimento ao recurso extraordinário, declarando a não recepção, pela Constituição Federal, do § 1º e da expressão "salário-mínimo", contida no caput do artigo 3º da Lei Complementar nº 432/1985, do Estado de São Paulo, fixando a impossibilidade de que haja alteração da base de cálculo em razão dessa inconstitucionalidade. Com essa solução, foi mantida a base de cálculo que vinha sendo utilizada naquele caso para o pagamento do adicional de insalubridade - dois salários-mínimos.

O pagamento do adicional de insalubridade é direito do trabalhador sujeito a condições insalubres, consagrado pela atual Constituição Federal, em seu art. 7º, XXIII. O direito a esse adicional já era previsto pela legislação infraconstitucional antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, e era pago nos termos do art. 192 da CLT, com base no salário-mínimo. O fato de o

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004B552264330F4B.

salário-mínimo não se amoldar à nova ordem constitucional como base de cálculo para a parcela, bem como a lacuna legislativa acerca da questão e a impossibilidade de fixação de base de cálculo por meio de decisão judicial, não podem implicar a pura supressão do pagamento desse direito. Essa solução - supressão do pagamento - afrontaria os princípios que regem o Direito do Trabalho, e o próprio sentido do art. 7º da atual Carta Política, que procurou garantir a inclusão dos direitos ali previstos no patrimônio jurídico dos trabalhadores como uma proteção mínima nas suas relações de trabalho.

Não seria possível, conforme bem ressaltado nos debates que precederam a edição da Súmula Vinculante nº 4, que os trabalhadores buscassem o Poder Judiciário visando a melhoria de suas condições de trabalho (geralmente pretendendo o pagamento do adicional de insalubridade não pago, ou a majoração de sua base de cálculo), e recebessem um provimento jurisdicional prejudicial a seus interesses. Ou seja: além de não obterem o reconhecimento da procedência de seu pedido quanto à base de cálculo, eventualmente terem suprimido o próprio direito ao adicional de insalubridade por falta de regulamentação.

Diante desse contexto, esta Corte Superior tem reconhecido a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público que adote o salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, nos termos da Súmula Vinculante nº 4 do STF. Porém, em conformidade com o julgamento do STF, e diante da impossibilidade de fixação de qualquer outra base de cálculo pela via judicial, já que matéria reservada a disposição de lei ou ajuste coletivo, determina-se que a parcela seja calculada conforme base de cálculo anteriormente adotada na legislação trabalhista, qual seja, o salário-mínimo, ou, ainda, que seja adotada a base de cálculo estabelecida expressamente por meio de negociação coletiva.

Pelo exposto, dou provimento para determinar que o adicional de insalubridade seja calculado sobre o salário-mínimo.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004B552264330F4B.

PROCESSO Nº TST-RR-66800-71.2006.5.15.0029
C/J PROC. Nº TST-AIRR-66840-53.2006.5.15.0029

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista da reclamada apenas quanto ao tema "ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO", por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento, a fim de que o adicional de insalubridade seja calculado sobre o salário-mínimo.

Brasília, 7 de Agosto de 2012.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006)
KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA
Ministra Relatora

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 10004B552264330F4B.

Firmado por assinatura eletrônica em 08/08/2012 pelo Sistema de Informações Judiciárias do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006.