



PROCESSO N° TST-RR-646-54.2010.5.02.0462

A C Ó R D ã O
3ª Turma
GMAAB/ubf/lr/er

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ELASTECIMENTO DA JORNADA. FIXAÇÃO POR ACORDO INDIVIDUAL. ATIVIDADE INSALUBRE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO. CANCELAMENTO DA SÚMULA 349 DO TST. IMPOSSIBILIDADE. O e. Tribunal Regional considerou válido o acordo individual de compensação de horas em atividade insalubre, uma vez que a Súmula 349 do TST foi cancelada. Em função do cancelamento da referida súmula, a tese de violação do artigo 60 da CLT, reiterada em suas razões de agravo de instrumento, mostra-se razoável ao processamento do recurso de revista. **Agravo de instrumento conhecido e provido.**

II - RECURSO DE REVISTA. ELASTECIMENTO DA JORNADA. FIXAÇÃO POR ACORDO INDIVIDUAL. ATIVIDADE INSALUBRE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO. CANCELAMENTO DA SÚMULA 349 DO TST. IMPOSSIBILIDADE. O e. Tribunal Regional considerou válido o acordo individual de compensação de horas em atividade insalubre, uma vez que a Súmula 349 do TST foi cancelada. O art. 60 da CLT prescreve: “Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo “Da Segurança e da Medicina do Trabalho”, ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.” (grifei). Assim, estando válido o dispositivo acima, torna-se



PROCESSO N° TST-RR-646-54.2010.5.02.0462

imprescindível a autorização do MTE para a validade do acordo de compensação de jornada. Tendo em vista que a referida norma ambiciona proteger a saúde do trabalhador que trabalha em condições de insalubridade, o órgão competente deve visitar os locais de trabalho *in loco* para que sejam verificadas as condições destes e, após análise, deliberar acerca da possibilidade de prorrogação da jornada do empregado. O inciso XXII do artigo 7º da Constituição Federal garante ao trabalhador o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, e o referido art. 60 da CLT se mostra como uma norma de saúde e segurança do trabalho. Por conseguinte, é norma de ordem pública que não pode ser mitigada pela via da negociação. A partir desse entendimento, esta Corte Superior procedeu ao cancelamento da sua Súmula n° 349, reconhecendo a necessidade de inspeção prévia do Ministério do Trabalho e Emprego para a validade do acordo de compensação de jornada, ainda que previsto em norma coletiva, quando o labor for exercido em condições insalubres. Precedentes. **Recurso de revista conhecido por violação do artigo 60 da CLT e provido.**

BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SALÁRIO MÍNIMO. Embora a proibição expressa contida na Súmula Vinculante n° 04/STF de ser o salário mínimo utilizado como fonte diretiva de indexação da base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, deve, na ausência de edição de lei que regule a base de cálculo da parcela em debate, continuar sendo o salário mínimo o parâmetro de apuração do adicional, na forma do art. 192 da CLT. É que, não obstante o reconhecimento de sua incompatibilidade com o texto

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1000F2488669A6E9C6.



PROCESSO N° TST-RR-646-54.2010.5.02.0462

constitucional (art. 7º, IV), não pode o Poder Judiciário definir outro referencial - segundo o STF. Assim, a norma celetista continuará vigente até que sobrevenha a criação de norma legal ou negociação coletiva dispondo acerca do parâmetro a ser adotado para cálculo do adicional de insalubridade - a teor da Súmula Vinculante n° 4/STF. Logo, correto o Regional que definiu o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

EM CONCLUSÃO: Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-646-54.2010.5.02.0462**, em que é Recorrente **JOSE BENEDITO DA SILVA** e Recorrido **DJR AUTO SERVIÇOS LTDA**.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo autor contra o r. despacho por meio do qual a Vice Presidência do e. TRT negou seguimento ao seu recurso de revista. Sustenta que aludido despacho deve ser modificado para possibilitar o trânsito respectivo.

Não foram apresentadas contraminuta e contrarrazões, conforme certificado à fl. 220.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, na forma regimental.

É o relatório.

V O T O

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO

1 - CONHECIMENTO

O agravo de instrumento é tempestivo (fls. 213 e 215), possui representação regular (fl. 13), dispensado do preparo e foi regularmente formado. Conheço.



PROCESSO N° TST-RR-646-54.2010.5.02.0462

2 - MÉRITO

2.1 - ELASTECIMENTO DA JORNADA - FIXAÇÃO POR ACORDO INDIVIDUAL - ATIVIDADE INSALUBRE - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO - CANCELAMENTO DA SÚMULA 349 DO TST - IMPOSSIBILIDADE

A Corte Regional denegou seguimento ao recurso de revista do empregado, adotando o seguinte fundamento:

“Duração do Trabalho / Horas Extras.

Alegação(ões):

- contrariedade à(s) Súmula(s) 349/TST.

- violação do(s) art(s). 58, 59 e 60 da CLT.

Insurge-se com relação ao reconhecimento da validade do acordo individual de compensação de horas, pois alega que ser necessária autorização do Ministério do Trabalho, quando o serviço é prestado em ambiente insalubre.

Consta do v. Acórdão:

Horas Extras. Nulidade do Acordo Compensação Horas

Insurge-se o recorrente contra a r.sentença que indeferiu o pagamento de 45(quarenta e cinco) minutos diários a título de horas extras com reflexo nas verbas contratuais e rescisórias.

Alude também com a nulidade do acordo de compensação de horas de fl.144, ao argumento de que o ambiente de trabalho era insalubre, restando nulo o acordo de compensação, diante da Súmula 349 do C.TST.

Sem razão o recorrente. O reclamado declarou na contestação que possui número de empregados inferior a 10 (dez) funcionários.

Conquanto o reclamante tenha argumentado em sede de réplica às fl.148/150 que o reclamado não tenha comprovado o número de empregados, argumentando que nossos Tribunais exigem a juntada de cartões de ponto, mesmo na hipótese de contar com menos de 10 empregados, afasto tais argumentos, porquanto informado pelo perito no laudo pericial à fl.157 que o recorrido possui 8 (oito) empregados. A



PROCESSO N° TST-RR-646-54.2010.5.02.0462

informação contida no laudo e fruto da vistoria pericial, merece credibilidade.

Com referência à obrigatoriedade da juntada de cartões de ponto, o § 2º, do artigo 74 da CLT, estipula:

"Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso."

O reclamado não se enquadra na obrigatoriedade disposta no referido § 2º, do artigo 74 da CLT.

Bem por isso, por se tratar de fato constitutivo do seu direito, nos termos do artigo 818 da CLT c/c artigo 333, I, do CPC, cabia ao reclamante provar a extensão da jornada. Contudo, desse encargo não se desincumbiu.

O reclamante não trouxe testemunha para comprovar suas alegações conforme fundamentado pela Juíza de primeira instância.

Sob outro enfoque, a de nulidade do acordo de compensação de horas, defendida pelo recorrente ao argumento de que se insere na hipótese disciplinada na Súmula 349 do C.TST, registro que referida Súmula, que exigia celebração de acordo coletivo de compensação de horas em atividade insalubre, foi cancelada PELA Resolução nº. 174/2011, publicada no DeJT de 27.05.2011.

Portanto, sob esse prisma, prevalece a validade do acordo entabulado entre as partes e encartado à fl. 48 dos autos. E não fosse isso, deve ser ainda considerado que o direito à insalubridade foi reconhecido nesta ação, sendo controvertido, de modo que a orientação jurisprudencial trazida pelo autor, não serviria, de qualquer modo, à solução desta ação. Mantenho.

Oportuno esclarecer, inicialmente, que a Súmula nº 349 do C. TST foi cancelada em Maio de 2011.

Ademais, como se vê, a discussão é interpretativa, combatível nessa fase recursal mediante a apresentação de tese oposta, que não restou demonstrada, impedindo o reexame por dissenso jurisprudencial. E, se uma norma pode ser diversamente interpretada, não se pode afirmar que a adoção de exegese diversa daquela defendida pela parte enseja violação literal a essa regra, pois esta somente se configura quando se ordena exatamente o



PROCESSO N° TST-RR-646-54.2010.5.02.0462

contrário do que o dispositivo expressamente estatui. Do mesmo modo, não se pode entender que determinada regra restou malferida se a decisão decorre do reconhecimento da existência, ou não, dos requisitos ensejadores da aplicação da norma. No caso dos autos, o exame do decisum não revela a ocorrência apta a ensejar a reapreciação com supedâneo na alínea "c", do artigo 896, da CLT" (fls. 209-211).

Em suas razões de recurso de revista, renovadas no agravo de instrumento, o empregado sustenta que é inválido acordo individual de compensação de horas que estipulou a extensão da jornada em atividade insalubre. Pretende a reforma do julgado regional denunciando violação do artigo 60 da CLT.

O e. Tribunal Regional considerou válido o acordo de compensação de jornada individual em atividade insalubre, uma vez que a Súmula 349 do TST foi cancelada.

Contudo, não obstante o cancelamento do verbete sumular referenciado em sessão plenária deste c. Tribunal, ocorrida em 25/5/2011, na ocasião restou evidenciada a necessidade de autorização do Ministério do Trabalho para a celebração de acordo de compensação de jornada.

Nesse contexto, a tese de violação do artigo 60 da CLT, reiterada em suas razões de agravo de instrumento, mostra-se razoável ao processamento do recurso de revista, tendo em vista a discussão sobre a validade de acordo individual de compensação de jornada em atividade insalubre.

Por essa razão, **dou provimento** ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista.

II - RECURSO DE REVISTA

O recurso de revista é tempestivo (fls. 203 e 205) e possui representação regular (fl. 13). Dispensado o recolhimento do preparo, passo à análise dos pressupostos específicos.

1 - CONHECIMENTO



PROCESSO N° TST-RR-646-54.2010.5.02.0462

1.1 - ELASTECIMENTO DA JORNADA - FIXAÇÃO POR ACORDO INDIVIDUAL - ATIVIDADE INSALUBRE - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO - CANCELAMENTO DA SÚMULA 349 DO TST - IMPOSSIBILIDADE

O e. TRT julgou válido acordo individual de compensação de horas que estipulou a extensão da jornada, mesmo estando o empregado submetido à atividade insalubre. Eis a motivação do *decisum*:

“Horas Extras. Nulidade do Acordo Compensação Horas

Insurge-se o recorrente contra a r. sentença que indeferiu o pagamento de 45(quarenta e cinco) minutos diários a título de horas extras com reflexo nas verbas contratuais e rescisórias.

Alude também com a nulidade do acordo de compensação de horas de fl. 144, ao argumento de que o ambiente de trabalho era insalubre, restando nulo o acordo de compensação, diante da Súmula 349 do C.TST.

Sem razão o recorrente. O reclamado declarou na contestação que possui número de empregados inferior a 10 (dez) funcionários.

Conquanto o reclamante tenha argumentado em sede de réplica às fl.148/150 que o reclamado não tenha comprovado o número de empregados, argumentando que nossos Tribunais exigem a juntada de cartões de ponto, mesmo na hipótese de contar com menos de 10 empregados, afasto tais argumentos, porquanto informado pelo perito no laudo pericial à fl.157 que o recorrido possui 8 (oito) empregados. A informação contida no laudo e fruto da vistoria pericial, merece credibilidade.

Com referência à obrigatoriedade da juntada de cartões de ponto, o § 2º, do artigo 74 da CLT, estipula:

‘Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.’

O reclamado não se enquadra na obrigatoriedade disposta no referido § 2º, do artigo 74 da CLT.



PROCESSO N° TST-RR-646-54.2010.5.02.0462

Bem por isso, por se tratar de fato constitutivo do seu direito, nos termos do artigo 818 da CLT c/c artigo 333, I, do CPC, cabia ao reclamante provar a extensão da jornada. Contudo, desse encargo não se desincumbiu.

O reclamante não trouxe testemunha para comprovar suas alegações conforme fundamentado pela Juíza de primeira instância.

Sob outro enfoque, a de nulidade do acordo de compensação de horas, defendida pelo recorrente ao argumento de que se insere na hipótese disciplinada na Súmula 349 do C.TST, registro que referida Súmula, que exigia celebração de acordo coletivo de compensação de horas em atividade insalubre, foi cancelada PELA Resolução nº. 174/2011, publicada no DeJT de 27.05.2011.

Portanto, sob esse prisma, prevalece a validade do acordo entabulado entre as partes e encartado à fl. 48 dos autos. E não fosse isso, deve ser ainda considerado que o direito à insalubridade foi reconhecido nesta ação, sendo controvertido, de modo que a orientação jurisprudencial trazida pelo autor, não serviria, de qualquer modo, à solução desta ação. Mantenho.

Em suas razões de recurso de revista, o autor sustenta a invalidade do acordo individual que estipulou a extensão da jornada em atividade insalubre. Pretende a reforma do julgado regional, denunciando violação do artigo 60 da CLT e contrariedade à Súmula 349 do TST.

Vejamos.

Cinge-se a controvérsia a se saber se para a compensação de horário para os trabalhadores que laboram em condições insalubres, basta firmar acordo individual de compensação de horas ou se é necessária a licença prévia da autoridade competente em matéria de higiene, de que trata o art. 60 da CLT.

No caso vertente, o e. Tribunal Regional considerou válido o acordo de compensação de jornada individual, uma vez que a Súmula 349 do TST foi cancelada.

O art. 60 da CLT prescreve: “Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo “Da Segurança e da Medicina do Trabalho”, ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria”



PROCESSO N° TST-RR-646-54.2010.5.02.0462

de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.” (grifei).

Assim, estando válido o dispositivo acima, torna-se imprescindível a autorização do MTE para a validade do acordo de compensação de jornada. Tendo em vista que a referida norma ambiciona proteger a saúde do trabalhador que trabalha em condições de insalubridade, o órgão competente deve visitar os locais de trabalho *in loco* para que sejam verificadas as condições destes e, após análise, deliberar acerca da possibilidade de prorrogação da jornada do empregado.

O inciso XXII do artigo 7º da Constituição Federal garante ao trabalhador o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, e o referido art. 60 da CLT se mostra como uma norma de saúde e segurança do trabalho. Por conseguinte, é norma de ordem pública que não pode ser mitigada pela via da negociação coletiva.

A partir desse entendimento, esta Corte Superior procedeu ao cancelamento da sua Súmula nº 349, reconhecendo a necessidade de inspeção prévia do Ministério do Trabalho e Emprego para a validade do acordo de compensação de jornada, ainda que previsto em norma coletiva, quando o labor for exercido em condições insalubres.

Nesse sentido cito os precedentes desta Corte:

HORAS EXTRAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO. JORNADA INSALUBRE. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO. Recurso fundamentado em violação de dispositivo de lei e da Constituição Federal e em divergência jurisprudencial. O pacífico e notório entendimento desta Corte é no sentido de que as medidas de higiene e segurança do trabalhador não podem ser objeto de negociação coletiva, por se caracterizarem como normas de ordem pública. Esse é o contexto do cancelamento da Súmula nº 349 do c. TST, a partir do qual esta Corte passou a exigir, além da existência de negociação coletiva, a prévia inspeção da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho, o Ministério do Trabalho- MTE. Precedentes. Recurso de revista conhecido por afronta ao



PROCESSO N° TST-RR-646-54.2010.5.02.0462

artigo 60 da CLT e provido. (TST-RR-227300-31.2004.5.15.0046, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, DEJT 14/6/2013)

ATIVIDADE INSALUBRE. ACORDO DE COMPENSAÇÃO. INSPEÇÃO PRÉVIA PELO ÓRGÃO COMPETENTE. O cancelamento da Súmula nº 349 do TST pelo Tribunal Pleno (DEJT 30/05/2011) decorreu do entendimento desta Corte quanto à impossibilidade de negociação coletiva para compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre, sem que haja inspeção prévia da autoridade competente. Assim, ausente autorização administrativa para prestação de horas extras, revela-se inválida norma coletiva que previa a compensação de jornada em atividade insalubre. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-9500-36.2008.5.04.0661, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 3/5/2013)

RECURSO DE REVISTA. COMPENSAÇÃO DE JORNADA. ATIVIDADE INSALUBRE. CANCELAMENTO DA SÚMULA N° 349 DO TST. NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DAS AUTORIDADES COMPETENTES EM MATÉRIA DE HIGIENE DO TRABALHO. 1. Cancelada a Súmula nº 349 do TST, prevalece no TST o entendimento de que, nas atividades insalubres, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, de conformidade com o art. 60 da CLT. Precedentes. 2. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento, no particular. (TST-RR-51000-75.2007.5.04.0028, Rel. Min. João Oreste Dalazen, 4ª Turma, DEJT 26/9/2014)

ACORDO DE COMPENSAÇÃO. JORNADA DE TRABALHO. ATIVIDADE INSALUBRE. AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DO MTE. NECESSIDADE. NÃO CONHECIMENTO. Consoante o entendimento jurisprudencial desta Corte, após o cancelamento da Súmula nº 349, é válido o regime de compensação de jornada de trabalho, ainda que regularmente ajustado por meio de norma coletiva (artigo 7º, XIII, da Constituição Federal), para o labor prestado em condições insalubres, desde que existente prévia licença fornecida por autoridade competente em segurança e higiene do trabalho, nos termos exigidos pelo artigo 60 da CLT. Descumprida a



PROCESSO N° TST-RR-646-54.2010.5.02.0462

exigência contida no referido preceito, por parte da reclamada, torna-se inválido o acordo de compensação de jornada previsto na norma coletiva, sendo devido o pagamento do adicional de horas extraordinárias sobre as horas irregularmente compensadas. Inteligência da Súmula n° 85, III. Precedentes desta Corte. Recurso de revista de que não se conhece. (TST-RR-752-64.2012.5.04.0664, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, DEJT 16/5/2014)

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA EM ATIVIDADE INSALUBRE. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DAS AUTORIDADES COMPETENTES. ARTIGO 60 DA CLT. Após o cancelamento da Súmula 349 do TST, esta Corte passou a adotar o entendimento de que o acordo de compensação de jornada em atividade insalubre somente é válido se for precedido de autorização das autoridades competentes em higiene do trabalho, conforme determina o artigo 60 da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-ARR-38-12.2011.5.04.0027, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DEJT 14/2/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - TRABALHO INSALUBRE - COMPENSAÇÃO DE JORNADA REGIME 12X36 - NEGOCIAÇÃO COLETIVA FIRMADA À ÉPOCA EM QUE VIGENTE A SÚMULA N° 349 DO TST - VALIDADE DAS NORMAS COLETIVAS. O Tribunal Regional adotou a tese de que, durante o período em que vigorou a Súmula n° 349 do TST, o regime compensatório só tinha validade se respaldado por norma coletiva, em virtude da norma constitucional, e que, na hipótese destes autos, as normas coletivas autorizam a adoção de regime compensatório, motivo pelo qual reputou válidas as negociações coletivas que dispuseram sobre a jornada de trabalho 12x36. A Súmula n° 349 do TST, que admitia a celebração de acordo coletivo de compensação de jornada em atividade insalubre sem a necessidade de autorização do Ministério do Trabalho e Emprego, foi cancelada pela Resolução n° 174/2011 (divulgado em 27, 30 e 31/5/2011). Evidencia-se, portanto, a necessidade de autorização do aludido órgão, conforme dispõe o



PROCESSO N° TST-RR-646-54.2010.5.02.0462

art. 60 da CLT. Precedentes. (TST-AIRR-215-52.2012.5.04.0831, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, DEJT 6/6/2014)

NULIDADE DO REGIME DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA – ATIVIDADE INSALUBRE. A Súmula nº 349 deste Tribunal, que admitia celebração de acordo coletivo de compensação de jornada em atividade insalubre sem prévia autorização do Ministério do Trabalho e Emprego, foi cancelada pela Resolução nº 174/2011. É necessária, portanto, a referida autorização, nos termos do art. 60 da CLT, para validar acordo de compensação de jornada em atividade insalubre. (TST-RR-1126-62.2011.5.04.0261, Rel. Des. Conv. João Pedro Silvestrin, 8ª Turma, DEJT 26/9/2014)

Nessa esteira, embora referido sistema de acordo de compensação seja autorizado por acordo de compensação de jornada individual, o regime compensatório em atividade insalubre está condicionado à existência de licença prévia do Ministério do Trabalho, ausente no caso dos autos.

CONHEÇO, portanto, do recurso de revista por violação do artigo 60 da CLT.

1.2 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – BASE DE CÁLCULO

O e. TRT negou provimento ao recurso ordinário do autor, para manter a r. sentença que considerara o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, conforme os seguintes fundamentos:

“Adicional de Insalubridade

Irresigna-se o recorrente quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade postulado, aduzindo que não deve incidir sobre o salário mínimo.

Sem razão o recorrente. De acordo com recente entendimento do STF, em julgamento que deu origem à edição da Súmula Vinculante nº 04, o adicional de insalubridade continuará a ser calculado sobre o salário mínimo



PROCESSO N° TST-RR-646-54.2010.5.02.0462

enquanto não houver lei ou convenção coletiva que supere sua inconstitucionalidade.

Ressalto que a Súmula 17 do C. TST foi cancelada pela Resolução n° 148/2008 do C. TST e que a Súmula 228 teve sua aplicação suspensa por liminar proferida na Reclamação n° 6266.

Mantenho” (fls. 201-202).

Em suas razões de recurso de revista, o autor sustenta que o adicional de insalubridade deve ser calculado levando em conta à sua remuneração. Denuncia contrariedade às Súmulas Vinculante n° 4 do STF e 228 do TST.

Ao exame.

Cinge-se a controvérsia à definição da base de cálculo do adicional de insalubridade.

A Súmula 228 do TST obteve nova redação, em 26/6/2008, que teve a eficácia suspensa pelo excelentíssimo senhor Ministro Presidente do excelso STF, nos autos da Reclamação n° 6.266-0/DF, DJ 5/8/2008, nos seguintes termos:

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 n° 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



PROCESSO N° TST-RR-646-54.2010.5.02.0462

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. 7° 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'.

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 n° 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.



PROCESSO N° TST-RR-646-54.2010.5.02.0462

A Corte Suprema adotou a teoria alemã do reconhecimento da inconstitucionalidade sem declaração de nulidade do preceito questionado. Daí a conclusão de que o art. 192 da CLT continuará autorizando a adoção do salário mínimo para cálculo do adicional de insalubridade até que nova base seja definida pelo legislador ou pelos Atores Sociais.

Conclui-se do julgamento do caso pelo Plenário do excelso STF que, não obstante tenha sido mantida a conclusão de que o artigo 7º, IV, da Constituição Federal de 1988 veda a utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, deve ser adotada aquela base, seja em nome da inexistência de pronunciamento *erga omnes* no caso apreciado pela Excelsa Corte, seja pela vedação da atuação do excelso STF como legislador positivo, ou ainda pela impossibilidade de *reformatio in pejus* de decisões prolatadas em centenas de milhares de ações trabalhistas que objetivam ver aumentada, e não reduzida, ou congelada, a base de cálculo do referido adicional.

Por fim, a nova redação da Súmula 228, adotada por esta Corte, é que foi suspensa, ao recomendar o salário básico para cálculo do adicional em comento. No mais, seu texto original, ainda que por fundamento diverso, no caso os próprios termos da declaração de inconstitucionalidade devem continuar a balizar os julgamentos.

Dessa forma, com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante n° 4, este Tribunal entende que não é possível a substituição do salário-mínimo como base de cálculo, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade. (Rel. 6266/DF, DJE 144, de 4/8/2008).

No mesmo sentido, precedentes da SBDI-1 desta Corte:

(...) RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO PELO RECLAMANTE SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE N.º 4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada no dia 30/4/2008, aprovou a Súmula Vinculante n.º 4, consagrando entendimento no sentido de que "o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem



PROCESSO N° TST-RR-646-54.2010.5.02.0462

de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial". 2. Mais recentemente, o Exmo. Sr. Presidente da excelsa Corte, ao conceder liminar na Reclamação n.º 6.266, suspendeu a aplicação da Súmula n.º 228 do Tribunal Superior do Trabalho na parte em que se determinava a incidência do adicional de insalubridade sobre o salário básico. 3. Ante a impossibilidade de adoção de outra base de cálculo para o adicional de insalubridade por meio de decisão judicial, impõe-se manter o salário mínimo, até que a incompatibilidade seja superada por lei ou norma coletiva. 4. Recurso de embargos conhecido e não provido. (E-ED-RR - 1087600-19.2002.5.09.0900 Data de Julgamento: 3/4/2014, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 15/4/2014)

(...) BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SÚMULA VINCULANTE 4 DO STF. Hipótese em que a decisão da Turma reflete a jurisprudência atual desta Subseção no que se refere à base de cálculo do adicional de insalubridade, a qual considera as decisões do Supremo Tribunal Federal de edição da Súmula Vinculante 4 e de suspensão da nova redação da Súmula 228 desta Corte Superior (Reclamações 6.266/DF e 6830/PR). Nesse contexto, na ausência de lei dispondo sobre a base de cálculo do adicional mencionado, e inexistindo norma coletiva fixando critério mais vantajoso, a parcela deve ser calculada sobre o salário-mínimo. Não existência de contrariedade à Súmula 228 do TST. Ademais, inadmissível o recurso de embargos interposto contra acórdão publicado após a vigência da Lei 11.496/2007, por indicação de afronta a preceito da Constituição Federal e de lei ordinária. De outra parte, inespecíficos os arestos apresentados (Súmula 296, I, do TST), uma vez que retratam casos em que a controvérsia foi dirimida à luz da Súmula 17 do TST (cancelada pela Resolução 148/2008), sem abordar os fundamentos adotados pela Turma acerca da evolução da jurisprudência após a edição da Súmula Vinculante 4 e as decisões proferidas nas reclamações supramencionadas, por parte do Supremo Tribunal Federal. Recurso de embargos não conhecido. (E-RR - 96200-81.2002.5.17.0008, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 16/8/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 24/8/2012)



PROCESSO N° TST-RR-646-54.2010.5.02.0462

RECURSO DE EMBARGOS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE 4 DO E. STF. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. Não cumprido o requisito do art. 894, II, da CLT, não há como conhecer dos embargos quando a v. decisão aprecia o tema em face da jurisprudência do e. STF, na apreciação da Súmula Vinculante 4, no sentido de que a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário mínimo, até vir norma legal prevendo outra base para cálculo da parcela. Embargos não conhecidos. (E-RR - 84100-96.2008.5.04.0121, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 9/8/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 17/8/2012)

EMBARGOS REGIDOS PELA LEI N° 11.496/2007. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO CRITÉRIO DE CÁLCULO. COISA JULGADA. SÚMULA VINCULANTE N° 04 DO STF. ARESTOS INESPECÍFICOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA N° 296, ITEM I, DO TST. Conforme registrado na decisão ora embargada, o Supremo Tribunal Federal, no caso concreto, entendeu que o adicional de insalubridade não poderia ser calculado com base no salário mínimo a partir da Constituição Federal de 1988, ante o disposto no artigo 7º, inciso IV, havendo determinado, expressamente, na sua parte dispositiva, a fixação de nova e distinta base de cálculo. Diante disso, tem-se que, nesta hipótese, em que questão de direito foi decidida em última instância pela mais alta Corte de Justiça do país, formou-se coisa julgada, neste processo específico, quanto à impossibilidade de utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, motivo por que não há falar na alegada contrariedade à Súmula Vinculante n° 04 do STF. Vale destacar, por oportuno, que a circunstância de o Supremo Tribunal Federal, posteriormente, por força da decisão liminar da lavra do Ministro Gilmar Mendes, por ocasião no exercício da Presidência do STF, na Reclamação n° 6.266, publicada em 04/08/2008, ter consolidado o entendimento de que o salário mínimo poderá ser utilizado como base de cálculo do adicional de



PROCESSO N° TST-RR-646-54.2010.5.02.0462

insalubridade até que sobrevenha lei dispendo sobre a matéria, e não havendo previsão normativa, não possibilita a aplicação desse posicionamento no caso ora em análise, pois a Suprema Corte, aqui, determinou, expressamente, a fixação de nova base de cálculo, diversa do salário mínimo. Ademais, tem-se que o recurso de embargos também não merece conhecimento por divergência jurisprudencial. É que os arestos apresentados a cotejo não enfrentam essa mesma realidade fática e jurídica analisada pela Turma, nesse processo específico, pois se limitam a afirmar que, ante a impossibilidade de fixação de base de cálculo diversa do salário mínimo por meio de decisão judicial, deve ser mantido o salário mínimo, nada tecendo acerca da existência de decisão do Supremo Tribunal Federal, no caso concreto, em que se determina, explicitamente, a fixação de nova base de cálculo ao adicional de insalubridade, que não poderá ser o salário mínimo. Assim, não demonstrada a identidade dos fatos que teriam ensejado a existência de teses divergentes na interpretação de um mesmo dispositivo legal, não se pode ter como cumprida a exigência da Súmula nº 296, item I, do TST. Embargos não conhecidos. (E-ED-RR - 494331-04.1998.5.03.0102, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 9/8/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 17/8/2012)

Assim, não se há falar em contrariedade à Súmula 228/TST, com eficácia suspensa por decisão liminar do STF - Res. 185/2012, DEJT 25 a 27/9/2012.

Ademais, incide à hipótese, o óbice da Súmula 333 do TST.

Do exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista.

2 - MÉRITO

2.1 - ELASTECIMENTO DA JORNADA - FIXAÇÃO POR ACORDO INDIVIDUAL - ATIVIDADE INSALUBRE - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO - CANCELAMENTO DA SÚMULA 349 DO TST - IMPOSSIBILIDADE



PROCESSO N° TST-RR-646-54.2010.5.02.0462

Conhecido o recurso por violação do artigo 60 da CLT, o **PROVIMENTO** é consequência lógica.

DOU provimento ao recurso de revista para declarar a nulidade do acordo que elasteceu a jornada em atividade insalubre e condenar a empresa recorrida ao pagamento das horas extraordinárias excedentes da oitava diária.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Conhecer do recurso de revista apenas quanto ao tópico "Elastecimento da Jornada - Fixação por Acordo Individual - Atividade Insalubre - Ausência de Autorização do Ministério do Trabalho - Cancelamento da Súmula 349 Do TST - Impossibilidade", por violação do artigo 60 da CLT e, no mérito, dar-lhe provimento para declarar a nulidade do acordo que elasteceu a jornada em atividade insalubre e condenar a empresa recorrida ao pagamento das horas extraordinárias excedentes da oitava diária.

Brasília, 17 de Junho de 2015.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

ALEXANDRE AGRA BELMONTE
Ministro Relator