PROCESSO Nº TST-RR-1455-33.2010.5.04.0383

A C Ó R D Ã O
(5ª Turma)
GMMHM/fr/nt

RECURSO DE REVISTA. INTERPOSTO ANTES DA LEI Nº 13.015/2014. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – O deferimento do adicional de insalubridade pela Corte Regional foi fundamentado no conjunto fático probatório dos autos – que comprovou que a empregada está exposta a substancia química toxica e não havia fornecimento dos EPI's (equipamentos de proteção individual). Aplicação da Súmula nº 126 do TST como óbice ao conhecimento do apelo revisional. **Recurso de Revista não conhecido.**

BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – Enquanto não for editada lei ou convenção coletiva prevendo a base de cálculo do adicional de insalubridade, não incumbe ao Judiciário Trabalhista esta definição, devendo permanecer o salário mínimo. Entendimento do STF – Súmula Vinculante n.º 04. **Recurso de Revista conhecido e provido.**

HORAS EXTRAS. INVALIDADE DOS CARTÕES DE PONTO. ÔNUS DA PROVA – Decisão do TRT de origem em consonância com a Súmula nº 338, III, do TST. **Recurso de Revista não conhecido.**

COMPENSAÇÃO DE JORNADA. ATIVIDADE INSALUBRE. AUSÊNCIA DE INSPEÇÃO PRÉVIA PELO ÓRGÃO COMPETENTE – A Resolução nº 174/2011 cancelou a Súmula nº 349 deste Tribunal, que admitia celebração de acordo coletivo de compensação de jornada em atividade insalubre sem a prévia autorização do Ministério do Trabalho e Emprego. É indispensável, portanto, a referida autorização, nos termos do art. 60 da CLT, para validar acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, independentemente da existência de acordo coletivo regulamentado tal compensação. Na

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E8C0E128FC2628.

Firmado por assinatura digital em 05/05/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

hipótese, o TRT de origem consignou que não há no processo essa inspeção prévia, motivo pelo que não há como se concluir pela validade do acordo de compensação de jornada previsto na norma coletiva da categoria. **Recurso de Revista não conhecido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-1455-33.2010.5.04.0383**, em que é Recorrente **VULCABRÁS/AZALÉIA - RS, CALÇADOS E ARTIGOS ESPORTIVOS S.A.** e Recorrida **MARIA EROTILDES FLÔRES E FLÔRES.**

A 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por meio do acórdão do Exmº Desembargador Alexandre Correa da Cruz, deu provimento parcial ao Recurso Ordinário da empregada para deferir-lhes o pagamento das horas extras excedentes aos limites de 8 horas e 44 semanais e do adicional de insalubridade em grau médio.

A reclamada interpõe recurso de revista às fls.1.124/1.146, com fundamento no artigo 896 da CLT.

Despacho de admissibilidade às fls.1.151/1.153, sem a apresentação de contrarrazões, conforme certidão de fls.1.157.

Os autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho, por força do artigo 83, §2.º, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

Processo vinculado ao Recurso Ordinário em Ação Caultelar nº RO 363-78.2014.5.04.0383, em que é recorrente a reclamante – MARIA EROTILDES FLÔRES E FLÔRES.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E8C0E128FC2628.

Firmado por assinatura digital em 05/05/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E8C0E128FC2628.

Inicialmente, destaco que o presente apelo será apreciado à luz da Consolidação das Leis do Trabalho, sem as alterações promovidas pela Lei nº 13.015/2014, que se aplica apenas aos recursos interpostos em face de decisão publicada já na sua vigência, o que não é a hipótese dos autos.

1.1 – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O Tribunal Regional da 4ª Região, por sua 2ª Turma, em acórdão da lavra do Desembargador Alexandre Correa da Cruz, no que concerne ao tema destaque, consignou:

> "[...]
> De acordo com a inicial, ficha de registro de empregado das fls. 33/35 e contrato de trabalho das fls. 36/37, a reclamante foi contratada pela reclamada em **05/10/1993,** como **"Costureira",** tendo desempenhado, a contar de agosto de 2006, as funções de **"Auxiliar de Serviços Gerais"** e, a partir de gosto de 2007, as tarefas de **"Operador de Componentes V",** até o seu afastamento em **19/4/2010.** Impende destacar, inicialmente, haver o perito técnico mencionado nos esclarecimentos periciais (fl. 459) haver se-equivocado ao tecer considerações acerca do produto AZ-3603 (adesivo). Dessa forma, resta sem objeto a insurgência da autora nesse aspecto.
> O laudo pericial das fls. 368/374-verso refere a realização das seguintes atividades por parte da reclamante: *A autora trabalhou de 21/06/83 a 19/04/10: Realizou no período não prescrito as seguintes atividades: - de dezembro de 2005 a 25/04/06.*
> *Trabalhou na filial nº 13, setor de pintura, lavando sola com solvente (AZ-0800).*
> *- de 26/04/06 a 09/03/08.*
> *Trabalhou no pavilhão nº 09, refilando sola de EVA.*
> *- de 10/03/08 a 10/02/10.*
> *Trabalhou no pavilhão nº 01, setor de costura, realizando atividades de desinformar e limpar sola com solvente.*
> *- de 11/02/10 a 19/04/10.*
> *Trabalhou no pavilhão nº 03, setor de montagem, limpando sola com solvente.*
> **No laudo pericial, há menção a vários produtos químicos, limpadores e adesivos, utilizados no setor de trabalho da autora - reportando-se o *expert* especificamente ao "Limpador AZ-0800" -, os quais possuem composição química variada, à base de solventes orgânicos aromáticos ou solventes orgânicos alifáticos.** Cita, o perito, os principais solventes alifáticos: n- Hexano, acetona, acetato de etila, sendo, estes dois últimos, solventes ou inalantes pertencentes ao grupo químico dos hidrocarbonetos, de modo que sua aspiração repetida, crônica, pode levar à

Firmado por assinatura digital em 05/05/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

destruição de neurônios, causando lesões irreversíveis ao cérebro, além de levar à apatia, dificuldade de concentração e déficit de memória (fl. 371 e verso). Afirmou, também, que os solventes, quando inalados cronicamente, podem levar a lesões da medula óssea, dos rins, do fígado, e dos nervos periféricos que controlam os músculos, sendo que o benzeno, mesmo que em pequenas quantidades, pode levar à diminuição de glóbulos brancos e vermelhos pelo organismo (fl. 371-verso). Mencionou o *expert* no laudo que os solventes de colas (thinners) ou demais diluentes utilizados são constituídos de compostos orgânicos voláteis compatíveis com a resina e com propriedades que variam de acordo com a aplicação, tendo, alguns, limite de tolerância menores do que o tolueno (fl. 372). O perito concluiu, afirmando que: "*(...) o emprego de tais produtos é nocivo à saúde, não só pelo contato com as mãos, como também pela aspiração e exposição ocular, pois mesmo em baixas concentrações, causam prejuízos à saúde dos obreiros que com ele laborem.*" (fl. 372; destaque atual). Por fim, enquadrou a atividade da autora no **Anexo 13 da NR 15 da Portaria MTE 3.214/78**, no item que trata dos hidrocarbonetos e outros compostos de carbono (emprego de produtos contendo hidrocarbonetos como solventes), por avaliação qualitativa, independentemente de concentrações, finalidades do emprego ou tempo de exposição, pelo alto risco que tais produtos oferecem (fl. 374-verso e fl. 459, item 9). Além disso, o perito salientou não haver a autora utilizado luvas e máscaras para vapores orgânicos de forma permanente, fazendo jus à percepção do **adicional de insalubridade em grau médio**, durante os períodos de: **dezembro/2005 a 25/04/2006, de 10/03/2008 a 10/02/2010 e de 11/02/2010 a 19/04/2010**.

Mesmo havendo impugnação dos litigantes (fls. 384/392, por parte da reclamada, com a qual houve a juntada do laudo de monitoramento ambiental das fls. 395/438; e fls. 445/446, por parte da autora, especificamente acerca da periculosidade, e na qual há impugnação à juntada do laudo de avaliação ambiental das fls. 395 e seguintes), a conclusão foi mantida pelo perito nos esclarecimentos das fls. 458/459, em que registra o técnico, de forma detalhada, os tipos de colas e limpadores, e suas composições químicas. Salienta o perito o fato de que, nos períodos apontados no laudo, houve o contato diário e permanente da autora com os produtos considerados insalubres (resposta ao quesito 3, fl. 459), sendo reiterada, na resposta ao quesito 13 (fl. 459-verso), a constatação de que a demandante não utilizava máscaras em suas tarefas.

Sinalo, a par da avaliação pericial, e a propósito da comprovação quanto ao fornecimento de equipamentos de proteção individual à trabalhadora, haver a empresa anexado ao processo tão somente os recibos de entrega de EPIs das fls. 101/103 e 105. Os documentos em questão evidenciam terem sido fornecidos à demandante, no ano de 2007, 11 pares de "luvas" e 11 "máscaras"; no ano de 2008, 01 par de "luvas de látex" e 01 par de "luvas nitrílicas"; e, por fim, no ano de 2009, 01 par de "luvas de látex".

A partir do exame do conjunto probatório, portanto, entendo merecer reparo a decisão ao deixar de acolher o laudo pericial. A

Firmado por assinatura digital em 05/05/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E8C0E128FC2628.

caracterização da atividade como insalubre, no caso, resulta da análise qualitativa, consoante efetuado pelo perito técnico. Além disso, como bem salientado no laudo pericial, o contato pode se dar não só por via cutânea (mãos e outras partes do corpo), como também por exposição ocular e, principalmente, por inalação. A autora, consoante consignado no laudo, não utilizava sequer luvas e máscaras de forma permanente, estando, aliás, comprovado nos autos o fornecimento destas últimas tão somente no ano de 2007, como visto.

É certo que, na forma do que dispõe o artigo 436 do CPC, o julgador não está adstrito ao laudo pericial, uma vez que pode formar a sua convicção com base em outros elementos de prova existentes nos autos. Contudo, em virtude dos conhecimentos técnicos do profissional nomeado para a avaliação pericial, há uma presunção (embora *juris tantum*, repito) de que suas conclusões estão amparadas na situação fática em cotejo com elementos técnicos a ela aplicáveis. **Isto é o que ocorre especialmente no caso em exame, em face das características dos produtos químicos utilizados pela reclamada, inclusive nos setores de pintura, costura e montagem de solados de calçados, em que laborou a reclamante e nos quais empregados solventes, cuja composição inclui hidrocarbonetos aromáticos reconhecidamente prejudiciais à saúde do trabalhador.**

Ressalto que, no caso de emprego de produtos contendo hidrocarbonetos aromáticos, como solventes, mesmo a utilização de luvas de látex (as quais sequer foram permanentemente usadas pela autora - laudo, fl. 372-verso, cabendo o registro de que não houve menção ou comprovação quanto ao uso de cremes de proteção por parte dos trabalhadores da empresa) não se mostra suficiente a elidir a insalubridade, pois o agente químico pode ser absorvido também por via cutânea ou aérea, sendo, assim, indispensável o fornecimento de luvas adequadas, além de EPI necessários à proteção de outras partes do corpo (máscara com filtro para solventes orgânicos e óculos de proteção).

Com a devida vênia da posição adotada pelo Juiz singular, considero que a hipótese dos autos se insere naquela prevista no Anexo 13 da NR-15 da Portaria n. 3.214/78 do MTE, fazendo jus a reclamante ao pagamento de adicional de insalubridade em grau médio.

Assim, acolho a conclusão do perito técnico de confiança do Juízo, fundamentada na legislação vigente e adotada a partir das informações prestadas pelas partes, sem qualquer divergência durante a inspeção, no que tange às atividades desenvolvidas pela trabalhadora, para deferir à reclamante o adicional de insalubridade em grau médio, nos períodos dezembro/2005 a 25/04/2006, de 10/03/2008 a 10/02/2010, e de 11/02/2010 a 19/04/2010.

O adicional de insalubridade em grau médio deverá ser calculado sobre o salário base da autora, e apurado em liquidação de sentença, com a respectiva integração no cálculo do salário do período atinente ao aviso prévio, da remuneração das férias acrescidas de 1/3, do décimo terceiro salário, e do FGTS acrescido de 40%.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E8C0E128FC2628.

Firmado por assinatura digital em 05/05/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E8C0E128FC2628.

Pelas razões expostas, dou parcial provimento ao recurso da reclamante **para condenar a reclamada ao pagamento do adicional de insalubridade em grau médio, nos períodos de dezembro/2005 a 25/04/2006, de 10/03/2008 a 10/02/2010, e de 11/02/2010 a 19/04/2010, a ser calculado sobre o seu salário base, com a respectiva integração no cálculo do salário do período do aviso prévio,** da remuneração das férias acrescidas de 1/3, do décimo terceiro salário, e do FGTS acrescido de 40%, consoante for apurado em liquidação da sentença, observada a incidência de juros e correção monetária, na forma da lei.

Como consequência do decidido, cumpre reverter o encargo relativo aos honorários periciais à demandada."

A reclamada alega que a decisão do regional contraria a Súmula nº 80 do TST e a OJ nº 4 da SBDI-1, pois as substancias mencionadas pelo perito não podem ser enquadradas como insalubres nos termos do anexo 13 da portaria MTB nº 3.214/78. Transcreve arestos ao confronto de teses.

Analiso.

Conforme afirmou o TRT da 4ª Região, soberano na análise de fatos e provas, restou comprovado, na hipótese, especialmente através do laudo pericial produzido, que a empregada estava exposta a substancias químicas insalubres, nos seguintes termos: "A partir do exame do conjunto probatório, portanto, entendo merecer reparo a decisão ao deixar de acolher o laudo pericial. A caracterização da atividade como insalubre, no caso, resulta da análise qualitativa, consoante efetuado pelo perito técnico. Além disso, como bem salientado no laudo pericial, o contato pode se dar não só por via cutânea (mãos e outras partes do corpo), como também por exposição ocular e, principalmente, por inalação. A autora, consoante consignado no laudo, não utilizava sequer luvas e máscaras de forma permanente, estando, aliás, comprovado nos autos o fornecimento destas últimas tão somente no ano de 2007, como visto."

Logo, insuscetível de revisão, em sede extraordinária, a decisão proferida pelo Tribunal Regional, à luz da prova carreada aos autos, pois apenas com o revolvimento do substrato fático-probatório seria possível afastar a premissa sobre a qual se erigiu a conclusão consagrada pela Corte de origem relacionada à insuficiência do fornecimento dos EPI's (equipamentos de proteção individual) necessários à neutralização dos agentes insalutíferos

encontrados no ambiente de trabalho do autor, além da constatação das substancias insalubres por laudo técnico.

No mais, não vislumbro contrariedade à Súmula nº 80 do TST, tendo em vista que o TRT de origem consignou expressamente a ausência de fornecimento de equipamento de proteção individual (luva e máscaras) desde 2007, motivo pelo que não há que se falar em eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente – Súmula nº 80 do TST.

A orientação jurisprudencial nº 4 da SBDI-1 refere-se à insalubridade decorrente da manipulação de lixo urbano, situação diversa dos autos, uma vez que a empregada trabalhava em fábrica de sapatos.

Os modelos jurisprudenciais transcritos às fls.1.132-1.133 são inespecíficos à luz da Súmula nº 296 do TST, pois tratam do deferimento do adicional de insalubridade e situações totalmente diversas da hipótese dos autos – deferimento do adicional de insalubridade a empregada de empresa de sapatos, que de acordo com o laudo pericial estava exposta a substancias químicas nocivas à saúde. O primeiro modelo jurisprudencial refere-se ao caso de não deferimento do adicional de insalubridade ante o contato com portadores de doenças infecto contagiosas; já o segundo aresto trata do indeferimento do adicional de insalubridade ante a exposição a raios solares decorrentes de atividades executadas a céu aberto.

Não conheço.

1.2 – BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O Tribunal Regional, no que concerne ao tema destaque, consignou:

> "[...]
> O adicional de insalubridade em grau médio deverá ser calculado sobre o salário base da autora, e apurado em liquidação de sentença, com a respectiva integração no cálculo do salário do período atinente ao aviso prévio, da remuneração das férias-acrescidas de 1/3, do décimo terceiro salário, e do FGTS acrescido de 40%. , Pelas razões expostas, dou parcial

Firmado por assinatura digital em 05/05/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E8C0E128FC2628.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E8C0E128FC2628.

> provimento ao recurso da reclamante para condenar a reclamada ao pagamento do adicional de insalubridade era grau médio, nos períodos de dezembro/2005 a 25/04/2006, de 10/03/2008 a 10/02/2010, e de 11/02/2010 a 19/04/2010, a ser calculado sobre o seu salário base, com a respectiva integração no cálculo do salário do período do aviso prévio, da remuneração das férias acrescidas de 1/3,- do décimo terceiro salário, e do FGTS acrescido de 40%, consoante for apurado em liquidação da. sentença, observada a incidência de juros e correção monetária; na forma da lei."

A reclamada alega que a base de cálculo do adicional de insalubridade não pode ser o salário base, sob pena de se violar o artigo 192 da CLT e de se contrariar a Súmula Vinculante nº 4 do STF. Transcreve arestos (1.137-1.138) ao confronto de teses.

Examino.

O aresto transcrito à fl. 1.138, oriundo do TRT da 15ª Região, é específico e autoriza o conhecimento do recurso de revista, pois contempla tese oposta à do acórdão regional, na medida em que entende que o salário mínimo deve ser usado como base de cálculo do adicional de insalubridade, enquanto que o acórdão recorrido estabeleceu o salário base da empregada para o cálculo do referido adicional.

Por essa razão, **conheço** do Recurso de Revista por divergência jurisprudencial.

1.3 – HORAS EXTRAS. INVALIDADE DOS CARTÕES DE PONTO. ÔNUS DA PROVA

O TRT da 4ª Região, com fundamento nos registros de ponto invariáveis juntados ao processo, conclui pelo deferimento das horas extras, com apoio no item III da Súmula nº 338 do TST, presumindo verdadeira a jornada alegada na inicial.

> "[...]
> Examinando os registros juntados às fls. 158/246, observo consignarem, em sua grande maioria, horários invariáveis, conforme alegado no recurso, sendo aplicável o disposto no item III dá Súmula 338 do TST:
> [...]
> Dessa forma, impõe-se reputar inválidos os controles de horário das fls.158/246 para atestar a jornada de trabalho da autora, servindo tais documentos tão somente como registros de frequência. Assim, inverto o ônus da prova quanto à realização de horas extraordinárias, que passa a ser da reclamada, do qual esta não se desonerou de forma hábil, presumindo a veracidade da jornada laboral narrada pela autora na inicial, desde que não

Firmado por assinatura digital em 05/05/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

infirmada por outros elementos trazidos à cognição, situação dos autos, na medida em que não foram ouvidas testemunhas no feito.

[...]

Assim, impende considerar inválido o ajuste de compensação de horário, em face, também, da realização de horas extras habituais aos sábados. Nesse contexto, diante da declaração de invalidade dos registros de horários e de irregularidade do regime compensatório, e em não havendo outras provas quanto à jornada desempenhada pela reclamante, acolho o horário de trabalho indicado na vestibular, nos termos da Súmula 338, III, do TST; Contudo, tendo em vista não constar na petição inicial os períodos, entendo razoável fixar a jornada de trabalho da autora, com base nos horários informados na petição inicial e nos registros de frequência acostados às fls.158/246. Passo, dessa forma, a fixar à jornada de trabalho da autora, como sendo a seguinte: **a) 03/12/2005 a 08/03/2008,** das 05h45hiin às 15h17min nas segundas-feiras, das 7h05min às 15h17min de terças às sextas-feiras e aos sábados das 7h30min às 14h45min; b) **Ò9/03/2008 a 02/08/20O9,** das 05h01min às 14h49min; c) **03/08/2009 a 19/04/2010,** das 08h12min às 18h.

Em todas as oportunidades, considero ter havido a correta fruição do intervalo intrajornada de uma hora.

Registro, outrossim, em face dos argumentos lançados na inicial (fis. 02/03), na manifestação acerca dos documentos (fl. 444) e no apelo (fls. 499-verso/500), cingir-se a postulação da autora ao pagamento, como extras, das horas resultantes da irregular adoção do regime de compensação de jornada, e daquelas decorrentes da contagem "minuto a minuto".

A reclamada alega que a decisão do Regional ao condená-la ao pagamento de diferenças de horas extras violou o disposto no artigo 818 da CLT, pois sequer produziu prova quanto à alegada invalidade dos cartões de ponto, ônus que lhe competia. Transcreve um aresto ao confronto de teses.

Analiso.

Verifico que a decisão do TRT de origem está em harmonia com o item III da Súmula nº 338 do TST, motivo pelo que é inviável o prosseguimento do presente recurso de revista quer por violação ao artigo 818 da CLT, quer por divergência jurisprudencial (aresto de fl.1.139-1.140).

Não conheço do recurso de revista.

1.4 – COMPENSAÇÃO DE JORNADA. ATIVIDADE INSALUBRE. AUSÊNCIA DE INSPEÇÃO PRÉVIA PELO ÓRGÃO COMPETENTE

O TRT da 4ª Região, quanto ao tema, consignou:

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E8C0E128FC2628.

"[...]

Registro, por oportuno, que, consoante decidido no tópico anterior, a reclamante exercia atividade insalubre em grau médio, o que torna necessária a existência de autorização específica para a adoção de regime compensatório, nos termos do art. 60 da CLT. Importante ressaltar, que, com o cancelamento da Súmula n. 349 do TST, houve a consolidação do entendimento quanto à impossibilidade de a negociação coletiva dispor sobre a compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre, sem que haja inspeção prévia da autoridade competente. **Dessa forma, a validade do regime compensatório em atividade insalubre pressupõe a existência de autorização pela autoridade competente em matéria de higiene no trabalho, não sendo suficiente a autorização por norma coletiva.**

Neste particular, **a reclamada não comprovou a existência da respectiva autorização, não sendo possível reputar válido o regime adotado, ainda que se trate de regime de compensação semanal.**

A par disso, os instrumentos normativos atinentes ao período não prescrito do contrato (posteriores a 03/12/2005, sentença, fl. 482-verso), juntados aos autos às fls. 296 e seguintes contêm cláusula autorizando a adoção de regime compensatório de horário, visando à supressão do trabalho aos sábados (v. cláusulas 14, às fls. 298-verso, 307, 319, 332, 344 e 356).

Com a devida vênia ao entendimento adotado na decisão recorrida, denoto a prestação habitual de horas extras aos sábados. Por amostragem, aponto os meses de outubro/2008 (fl. 219), setembro/2009 (fl. 235), outubro a dezembro/2009 (fls. 237/239). Destaco, inclusive, que, nos meses de outubro e novembro/2009, houve labor em todos os sábados no mês.

Assim, impende considerar inválido o ajuste de compensação de horário, em face, também, da realização de horas extras habituais aos sábados.

Nesse contexto, diante da declaração de invalidade dos registros de horários e de irregularidade do regime compensatório, e em não havendo outras provas quanto à jornada desempenhada pela reclamante, acolho o horário de trabalho indicado na vestibular, nos termos da Súmula 338, III, do TST. Contudo, tendo em vista não constar na petição inicial os períodos, entendo razoável fixar a jornada de trabalho da autora, com base nos horários informados na petição inicial e nos registros de frequência acostados às fls. 158/246."

A reclamada sustenta que o acórdão regional ao considerar inválido o regime compensatório de jornada semanal violou os artigos 59,§2º, 60, 818 da CLT, 333 do CPC, 114 do Código Civil e 5º, II e 7º, XIII e XXVI, da CF, bem como contrariou a Súmula nº 85 do TST. Transcreve arestos ao confronto de teses (fls. 1.143-1.144).

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E8C0E128FC2628.

Firmado por assinatura digital em 05/05/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Analiso.

Verifico que a Corte Regional conclui que o regime compensatório de jornada em atividade insalubre era inválido, porque não possuía a autorização da autoridade competente em matéria de higiene no trabalho, bem como ficou contatado a prestação habitual de horas extras no sábado.

A Súmula nº 349 deste Tribunal, que admitia celebração de acordo coletivo de compensação de jornada em atividade insalubre sem a 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, independentemente da existência de acordo coletivo regulamentado tal compensação.

É esse, inclusive, o entendimento desta Corte, nos seguintes julgados:

> "RECURSO DE REVISTA. 1. HORAS EXTRAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. ATIVIDADE INSALUBRE. AUSÊNCIA DE LICENÇA PRÉVIA DA AUTORIDADE COMPETENTE EM SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR. NORMA COLETIVA. Com o cancelamento da Súmula nº 349 desta Corte, evidenciou-se a necessidade de autorização do Ministério do Trabalho e Emprego para a celebração de acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, nos termos do art. 60 da CLT. Precedentes. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. (...) (RR-5561-11.2011.5.12.0050, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 16/8/2013)
>
> RECURSO DE REVISTA. PROCESSO ELETRÔNICO - HORAS EXTRAS. COMPENSAÇÃO DE JORNADA. NORMA COLETIVA. ATIVIDADE INSALUBRE. AUSÊNCIA DE INSPEÇÃO PRÉVIA. Após o cancelamento da Súmula 349 do TST pela Resolução nº174/2011 (divulgada em 27,30 e 31/5/2011) esta Corte passou a adotar o entendimento de que é necessária prévia inspeção da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho para ser considerado válido o regime de compensação de jornada de trabalho em atividades insalubres. Precedentes. Recurso de Revista não conhecido. (RR-889-90.2010.5.04.0381, 8ª Turma, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 10/9/2012)
>
> (...) ATIVIDADE INSALUBRE. BANCO DE HORAS 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

Firmado por assinatura digital em 05/05/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E8C0E128FC2628.

trabalho em atividade insalubre, sem que haja inspeção prévia da autoridade competente. Assim, ausente autorização administrativa para prestação de horas extras no caso dos autos, revela-se inválida norma coletiva que previa a compensação de jornada por meio de banco de horas. Com relação ao regime de compensação de jornada, o Regional consignou que não havia o regime de compensação semanal, pois o sábado fazia parte da jornada normal de trabalho. Registrou, também, que era habitual o pagamento de horas extras e que as atividades do reclamante eram insalubres. Assim, verifica-se que a decisão regional está em consonância com a primeira parte do item IV da Súmula nº 85 desta Corte, segundo o qual a prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada-. O artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal não foi violado na sua literalidade. Esse dispositivo faculta a compensação de horários mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, mas não trata da questão peculiar dos autos, de prorrogação e compensação de jornada em atividade insalubre. Por estar a decisão do Regional em consonância com a notória, reiterada e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, esgotada se encontra a função uniformizadora desta Corte, o que afasta a possibilidade de eventual configuração de divergência jurisprudencial, ante a aplicação do teor da Súmula nº 333 do TST e do § 4º do artigo 896 da CLT. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-1809-77.2011.5.04.0333, 2ª Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 17/5/2013)

(...) HORAS EXTRAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO. ATIVIDADE INSALUBRE. 1. O art. 60 da CLT estabelece que, nas atividades insalubres, quaisquer prorrogações só podem ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de Medicina do Trabalho. 2. Trata-se de norma de caráter tutelar, que constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, cuja observância é obrigatória. 3. Nessa esteira, inexistindo autorização da autoridade competente, diversamente do que admitia a Súmula 349 desta Corte, atualmente cancelada, não há que se cogitar de validade do acordo de compensação de jornada. Recurso de revista não conhecido. (...) (RR-1359-19.2010.5.04.0512, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 26/3/2013).

(...) COMPENSAÇÃO DE JORNADA. ATIVIDADE INSALUBRE. I. O Tribunal Regional manteve a sentença, na qual se declarou a invalidade do regime compensatório adotado e se condenou a Reclamada ao pagamento de horas extras, acrescidas de respectivo adicional e reflexos. Entendeu que "a compensação de jornada em atividade insalubre, como no caso em foco, deveria necessariamente estar prevista em normatização coletiva, conforme o disposto na Súmula nº 349, do TST, o que acarreta a invalidade do ajuste e, em consequência, o direito ao pagamento do adicional extraordinário calculado sobre as horas tidas como irregularmente compensadas". Considerou que "não há fundamento, como pretende a ré de forma sucessiva, de que haja a limitação do adicional extra a partir da oitava hora diária de trabalho, por se tratar de matéria inovatória à

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E8C0E128FC2628.

Firmado por assinatura digital em 05/05/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

> lide, porque desde a defesa há reconhecimento de carga horária como de seis horas diárias e de trinta e seis por semana". II. Extrai-se do acórdão recorrido que o Autor trabalhava em condições insalubres e que o regime de compensação de jornada foi ajustado por acordo individual escrito. III. A jurisprudência atual desta Corte Superior é no sentido de que o regime de compensação de jornada nos casos em que haja prestação de trabalho em condições insalubres deve ser devidamente autorizado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, nos termos do art. 60 da CLT. IV. Assim, a decisão regional em que se declarou inválido o regime de compensação de jornada ajustado por acordo individual escrito sem a devida autorização do Ministério do Trabalho, uma vez que o Autor trabalhava em condições insalubres, está em conformidade com o entendimento desta Corte Superior. V. Recurso de revista de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se nega provimento. (...) (RR-175800-41.2007.5.04.0202, 4ª Turma, Relator Ministro Fernando Eizo Ono, DEJT 14/12/2012)"

Na hipótese, o TRT de origem consignou que não há no processo essa inspeção prévia, motivo pelo que não há como se concluir pela validade do acordo de compensação de jornada previsto na norma coletiva da categoria.

Estando a decisão do Regional em harmonia com a atual jurisprudência desta Corte, fica prejudicado o exame da violação dos artigos 59,§2º, 60 e 818 da CLT, 333 do CPC, 114 do Código Civil e 5º, II e 7º, XIII e XXVI, da CF, bem como a análise do aresto transcrito, nos termos da Súmula nº 333 do TST e §4ºdo artigo 896 da CLT.

A alegação de contrariedade à Súmula nº 85 do TST não guarda correlação com a matéria em debate, pois não se refere à hipótese de compensação de jornada de empregado no desempenho de atividade insalubre.

Não conheço do recurso de revista.

2 – MÉRITO

2.1 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO

Em razão do teor da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, não pode o Judiciário determinar a adoção da remuneração ou do salário contratual para a base de cálculo do adicional de insalubridade, assim como não pode determinar seja utilizado o piso

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E8C0E128FC2628.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E8C0E128FC2628.

salarial, salário normativo ou qualquer salário estipulado por norma coletiva da categoria profissional.

Isso porque, apesar de ter o Supremo Tribunal Federal declarado a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como indexador de base de cálculo da parcela ora debatida, declarou, também, que este não pode ser substituído por decisão judicial.

Assim, a regra é que se utiliza como base de cálculo o salário mínimo, salvo quando houver norma legal ou norma coletiva que estabeleça especificamente distinta base de cálculo para o adicional de insalubridade.

Nesse sentido é o entendimento dominante desta Corte, conforme ementas a seguir transcritas:

> "RECURSO DE REVISTA. 1. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. PROTEÇÃO DA MATERNIDADE E DO NASCITURO. DEMORA NO AJUIZAMENTO DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE RESPEITADO O PRAZO PRESCRICIONAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. PROVIMENTO. Segundo as disposições do artigo 10, II, "b", do ADCT, a empregada gestante tem direito à estabilidade, desde a concepção (e não com a constatação da gravidez mediante exame clínico) até cinco meses após o parto. Referida garantia constitucional tem como escopo a proteção da maternidade e do nascituro, haja vista a notória dificuldade de obtenção de novo emprego pela gestante. Nessa esteira, esta colenda Corte consolidou o entendimento no sentido de que a demora no ajuizamento da ação não afasta o direito da gestante de receber a indenização de todo o período estabilitário, desde que respeitado, é claro, o prazo prescricional. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 399 da SBDI-1. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. 2. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE Nº 4. SALÁRIO MÍNIMO. UTILIZAÇÃO ATÉ EDIÇÃO DE LEI OU NORMA COLETIVA. NÃO CONHECIMENTO. Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, esta Corte Superior tem firmado o entendimento de que o salário mínimo continua sendo utilizado no cálculo do adicional de insalubridade, até que lei ou norma coletiva de trabalho estipule outra base para a apuração da referida verba. Com isso, afasta-se a aplicação de qualquer outro parâmetro no cálculo do adicional de insalubridade em substituição ao salário mínimo. Precedentes da SBDI-1. Recurso de revista de que não se conhece." (RR - 1386-76.2012.5.04.0303, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, DEJT 19/12/2014)

PROCESSO Nº TST-RR-1455-33.2010.5.04.0383

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. Decisão Regional em que adotado o entendimento de que a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário normativo. Aparente violação do art. 192 da CLT, nos moldes do art. 896 da CLT, a ensejar o provimento do agravo de instrumento, nos termos do artigo 3º da Resolução Administrativa nº 928/2003. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. 1. O Tribunal a quo adotou o entendimento de que "a base de cálculo do adicional de insalubridade deve ser constituída pelo salário-mínimo contratual devido ao trabalhador, ou seja, seu salário base". 2. Na esteira da jurisprudência do STF, esta Corte firmou entendimento no sentido de que a base de cálculo do adicional de insalubridade, tanto antes como após a edição da Súmula Vinculante nº 4 do STF, continua a ser o salário-mínimo de acordo com o art. 192 da CLT, até que nova base seja estabelecida mediante lei ou norma coletiva. Recurso de revista conhecido e provido." (RR - 146-96.2010.5.09.0654, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, DEJT 23/12/2014)

"RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. ARTIGO 192 DA CLT. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE. SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO STF. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE-565.714-SP, sob o manto da repercussão geral da questão constitucional referente à base de cálculo do adicional de insalubridade, editou a Súmula Vinculante nº 4 e reconheceu a inconstitucionalidade da utilização do salário-mínimo como parâmetro e vedou a sua substituição por decisão judicial. Assim decidindo, a Suprema Corte adotou técnica decisória conhecida, no Direito Constitucional alemão, como -declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade-, ou seja, a norma, não obstante ser declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário substituir o legislador, a fim de definir critério diverso para a regulação da matéria. Portanto, ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 192 da CLT, tem-se que a parte final da Súmula Vinculante nº 4 do STF não permite criar critério novo por decisão judicial, razão pela qual, até que se edite norma legal ou convencional estabelecendo base de cálculo, para o adicional de insalubridade, distinta do salário-mínimo, continuará a ser adotado esse critério para o cálculo do referido adicional. Há precedentes. Recurso ordinário a que se dá provimento." (RO - 1058-63.2012.5.12.0000, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 19/12/2014)

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E8C0E128FC2628.

Firmado por assinatura digital em 05/05/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

O TST, inclusive ressaltou estar suspensa a eficácia da Súmula n. 228 por decisão liminar do STF, conforme observação inserida no teor da mencionada Súmula:

> "SÚM. 228 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO (nova redação) - Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008 (Súmula cuja eficácia está suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
>
> 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."

No caso dos autos, não havendo norma coletiva prevendo outra base de cálculo para o adicional de insalubridade, há de se utilizar o salário-mínimo nacional como base de cálculo do adicional em questão.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso de revista da reclamada para fixar o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista apenas quanto ao tema "base de cálculo. adicional de insalubridade", por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para fixar o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Brasília, 29 de abril de 2015.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)
MARIA HELENA MALLMANN
Ministra Relatora

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000E8C0E128FC2628.

Firmado por assinatura digital em 05/05/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.