PROCESSO Nº TST-RR-947-81.2012.5.04.0233

A C Ó R D Ã O
(1ª Turma)
GMLBC/lafj/gs

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. GRAU MÁXIMO. COLETA DE LIXO E LIMPEZA DE BANHEIROS DE USO COLETIVO. GRANDE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS. JURISPRUDÊNCIA INSERVÍVEL. 1. Não contraria os ditames da Orientação Jurisprudencial n.º 4, itens I e II, desta Corte superior decisão pela qual se reconhece o direito da reclamante à percepção do adicional de insalubridade em grau máximo, em virtude do exercício de atividades enquadráveis no Anexo 14 da NR-15 da Portaria n.º 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, uma vez que consistiam na limpeza de banheiros e coleta de lixo em prédio público de grande circulação de pessoas. **2.** O item II da Orientação Jurisprudencial n.º 4 da SBDI-I apenas não reconhece como atividades insalubres a limpeza, inclusive de banheiros, e a respectiva coleta de lixo quando realizadas em residência e escritórios, não abrangendo, portanto, a hipótese dos autos. **3.** Não se prestam à demonstração de dissenso jurisprudencial arestos inespecíficos, consoante disposto na Súmula n.º 296, I, do Tribunal Superior do Trabalho. **4.** Recurso de revista não conhecido.

ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. HORAS EXTRAS. ATIVIDADE INSALUBRE. PRORROGAÇÃO/COMPENSAÇÃO DE JORNADA. AUSÊNCIA DE LICENÇA PRÉVIA DA AUTORIDADE COMPETENTE EM SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADOR. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INVALIDADE DO AJUSTE. 1. Este Tribunal Superior havia sedimentado, por meio da Súmula n.º 349, entendimento no sentido de que "*a validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da*

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/1988; art. 60 da CLT)". O Tribunal Pleno da Corte, no entanto, cancelou a referida súmula, por intermédio da Resolução n.º 174/2011, publicada no DJe em 27, 30 e 31/5/2011, reabrindo a discussão sobre o tema. **2.** O artigo 7º, XIII, da Constituição da República, que autoriza a prorrogação da jornada mediante negociação coletiva, deve ser interpretado à luz de outros dispositivos que visam a proteger bem maior do trabalhador - no caso, sua vida e sua saúde. O inciso XXII do referido preceito da Lei Magna tem por escopo assegurar ao trabalhador a "redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança". A liberdade negocial assegurada às partes, em matéria de saúde e segurança do trabalhador, encontra limite no texto constitucional, revelando-se inadmissível, portanto, que, mediante norma coletiva, busque-se elastecer a jornada do empregado em atividade insalubre, sem a prévia licença da autoridade competente em saúde e segurança do trabalhador, tal como previsto no artigo 60 da Consolidação das Leis do Trabalho. A proteção à saúde e à vida prevalece sobre a liberdade negocial das partes. **3.** Somente as autoridades de que trata a norma consolidada detêm os conhecimentos técnicos e científicos necessários à verificação dos efeitos nefastos para a saúde do trabalhador a que estará submetido em face de exposição mais prolongada a agentes insalubres. Assim, o instrumento coletivo mediante o qual se prorroga jornada de trabalho em atividade insalubre, se desacompanhado de licença da autoridade competente em

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

saúde e segurança do trabalhador, carece de eficácia jurídica, porquanto desconsidera o disposto em norma de ordem pública, de natureza imperativa. **4.** Recurso de revista não conhecido.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE N.º 4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FONTE FORMAL DO DIREITO. 1. A introdução do instituto da súmula vinculante, por meio da Emenda Constitucional n.º 45/2004, elevou a jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal, aprovada nos termos do artigo 103-A, da Constituição da República, ao *status* de fonte formal do direito, devendo-se-lhe reconhecer força normativa e caráter constitucional. **2.** Resulta, daí, a possibilidade de conhecimento do recurso de revista por contrariedade à Súmula Vinculante n.º 4 aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de conferir plena efetividade à interpretação exauriente dada, por seu intermédio, a dispositivo da Constituição da República. **3.** Dessa forma, a fim de atender o comando expresso na súmula em comento, impõe-se observar o salário mínimo no cálculo do adicional de insalubridade, ante a impossibilidade de se estabelecer base distinta mediante decisão judicial. **4.** Recurso de revista conhecido e provido, com ressalva do entendimento pessoal do Relator.

DIFERENÇAS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA. A questão alusiva à distribuição do ônus da prova na hipótese de pedido de diferenças dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS foi objeto de debate nesta Corte uniformizadora. Concluiu o Tribunal Superior do Trabalho, em sua composição plenária, que, em face do princípio da aptidão para a prova, cabe ao empregador o ônus de comprovar a regular quitação

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

das contribuições devidas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. Por esse motivo, resultou cancelada a Orientação Jurisprudencial n.° 301 da SBDI-I desta Corte superior, consoante Resolução n.° 175/2011, publicada no DEJT dos dias 27, 30 e 31/05/2011. Recurso de revista não conhecido.
RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. "*Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família*". Hipótese de incidência da Súmula n.° 219, item I, do Tribunal Superior do Trabalho. Constatada, no presente caso, a ausência de assistência sindical, exclui-se da condenação o pagamento da parcela. Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-947-81.2012.5.04.0233**, em que é Recorrente **INFRALL ADMINISTRACAO LTDA.** e são Recorridos **TIARLOS OLIVEIRA DA SILVA, JOHNSON CONTROLS DO BRASIL AUTOMOTIVE LTDA. e PARKER HANNIFIN INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por meio do acórdão prolatado às fls. 919/933, negou provimento ao recurso ordinário interposto pela primeira reclamada. De outro lado, deu provimento parcial ao recurso ordinário interposto pelo reclamante para acrescer à condenação o pagamento de diferenças de adicional de

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

insalubridade e reflexos, bem como de adicional de horas extras sobre as horas irregularmente compensadas.

Irresignado, interpôs o reclamante embargos de declaração às fls. 939/940, a que se deu provimento, mediante decisão proferida às fls. 947/951.

Inconformada, interpõe a primeira reclamada o presente recurso de revista, mediante as razões que aduz às fls. 959/976. Busca a reforma do julgado quanto aos temas "adicional de insalubridade – configuração", "honorários periciais", "acordo de compensação de jornada – horas extras – atividade insalubre", "adicional de insalubridade – base de cálculo", "depósitos de FGTS – ônus da prova" e "honorários advocatícios", esgrimindo com ofensa a dispositivos de lei e da Constituição da República, além de contrariedade a Orientações Jurisprudenciais da SBDI-I e a súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, bem como com divergência jurisprudencial.

O recurso de revista foi admitido por meio da decisão proferida às fls. 985/987.

Não foram apresentadas contrarrazões, consoante certidão lavrada à fl. 995.

Autos não submetidos a parecer da douta Procuradoria-Geral do Trabalho, à míngua de interesse público a tutelar.

É o relatório.

V O T O

I - CONHECIMENTO

1 - PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

O recurso é tempestivo (acórdão publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 17/2/2014, segunda-feira, conforme certidão lavrada à fl. 953, e razões recursais protocolizadas em 25/2/2014, à fl. 957). O depósito recursal foi efetuado no valor da condenação (fls. 837 e 977) e as custas, recolhidas às fls. 836 e 978.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

A primeira reclamada está regularmente representada nos autos, consoante procuração acostada à fl. 132.

2 – PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

2.1 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. GRAU MÁXIMO. COLETA DE LIXO E LIMPEZA DE BANHEIROS DE USO COLETIVO. GRANDE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS.

A Corte de origem, por meio do acórdão prolatado às fls. 551/558, deu provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamante para, reformando a sentença, acrescer à condenação o pagamento de diferenças de adicional de insalubridade, do grau médio para o máximo, e reflexos. Valeu-se, para tanto, dos seguintes fundamentos, às fls. 925/928:

> RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE
>
> 1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EM GRAU MÁXIMO. LIMPEZA DE BANHEIROS
>
> O reclamante assevera que, trabalhando na limpeza de sanitários, tem direito ao adicional de insalubridade no grau máximo, em vez do grau médio pago durante o contrato de trabalho.
>
> Analiso.
>
> É incontroverso que o reclamante executava habitualmente as tarefas de limpar os banheiros das empresas tomadoras de serviços, limpando os vasos sanitários, os pisos, paredes, pias, e recolhendo os lixos dos banheiros.
>
> Assim, caracterizou-se a exposição frequente a agentes biológicos classificados como "lixo urbano", enquadrando-se a atividade no Anexo nº 14 da NR 15. Trata-se de sanitários existentes na lanchonete, utilizados tanto pelos funcionários, como pelo público do local, não podendo ser classificado como lixo doméstico ou de escritório. A propósito do tema, vênia de entendimento diverso, os detritos jogados fora, em pouca ou grande quantidade, não perdem características de lixo. Não há, com efeito, comprovação cientifica de que o lixo, embora oriundo de ambientes diversos, seja destituído dos mesmos componentes daquele lixo encontrado nas ruas, coletado e removido pelos profissionais encarregados da limpeza

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

urbana. Um é segmento do outro, não importando, se sob o aspecto da nomenclatura, recebem distinção em face da proveniência, como doméstico, escritório, urbano ou rural. Não se enquadra, com efeito, o caso dos autos nas OJs nºs 04 e 170, ambas da SDI-1, do C. TST, mesmo porque o estabelecimento onde era prestado o labor não se classifica como residência ou escritório.

As normas de proteção à higidez física e mental dos trabalhadores demandam interpretação teleológica, sendo insalubre em grau máximo e, portanto, exigindo tutelas próprias, todo o trabalho ou operação que demande contato permanente com esgotos (= limpeza de sanitário) e coleta de lixo urbano. Reflita-se que o vocábulo "urbano" empregado pelo legislador na redação do Anexo 14 da NR 15 da Portaria 3.214/78 é adjetivo e também gênero, por representar conceito geral de tudo que é descartado e designado como lixo, não importando sua proveniência. O lixo urbano, portanto, engloba todos os grupos ou classes de lixo, cuja insalubridade, na dicção legal, é avaliada qualitativamente.

Nessa trilha a jurisprudência deste Regional:

> EMENTA: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LIMPEZA DE SANITÁRIOS. A natureza do chamado lixo doméstico não se diferencia fundamentalmente do chamado lixo urbano. A tarefa de limpeza de banheiros, que inclui a higienização de vasos sanitários e coleta de lixo, acarreta repetida exposição, manipulação e contato com dejetos de todo o tipo de agentes biológicos caracteriza a insalubridade em grau máximo, conforme previsto no Anexo nº 14 da NR-15 da Portaria nº 3.214/1978. Recurso da reclamada a que se nega provimento no item. (Acórdão - Processo 01729-2006-332-04-00-4 (RO); Redator: JOÃO ALFREDO BORGES ANTUNES DE MIRANDA; Data: 24/06/2009; Origem: 2ª Vara do Trabalho de São Leopoldo).
>
> EMENTA: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AGENTES BIOLÓGICOS. LIMPEZA DE SANITÁRIOS. O trabalho de limpeza de sanitários sujeita o empregado ao contato com detritos de origem biológica, com exposição ao contágio de doenças transmissíveis por germes e micro organismos, configurando a insalubridade em grau máximo, a teor do disposto na Portaria Ministerial nº 3.214/78, NR 15, Anexo 14. Recurso das reclamantes provido. (Acórdão - Processo 00127-2007-811-04-00-0 (RO); Redator: MARIA HELENA

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

MALLMANN; Data: 12/11/2008; Origem: 1ª Vara do Trabalho de Bagé).

Recurso provido para acrescer à condenação o pagamento de diferenças de adicional de insalubridade, do grau médio para o grau máximo, com reflexos em repousos remunerados, 13ºs salários, férias com o terço constitucional, horas extras, aviso-prévio e FGTS com acréscimo legal de 40%.

Pugna a primeira reclamada, em suas razões de recurso de revista, pela reforma do julgado. Sustenta que as atividades desenvolvidas pelo obreiro não estão classificada como insalubres. Salienta que o obreiro não efetuava a limpeza de sanitários públicos, tampouco a coleta de lixo urbano. Esgrime com violação do artigo 5°, II, da Constituição da República, e do anexo 14 da Norma Regulamentadora n.° 15, bem como com contrariedade ao item II, da Orientação Jurisprudencial n.° 4 da SBDI-I deste Tribunal Superior. Transcreve arestos com o fito de demonstrar dissenso de teses.

Observe-se, inicialmente, que o princípio da reserva legal, erigido no artigo 5°, II, da Constituição da República, dado o seu caráter genérico, não permite, em regra, o reconhecimento de violação direta da sua literalidade. Inviável, daí, o conhecimento da revista pelo permissivo da alínea **c** do artigo 896 consolidado com arrimo na alegada violação constitucional.

Verifica-se, demais disso, que a alegação de afronta a norma regulamentadora não viabiliza o processamento do recurso de revista, na medida em que nem sequer atende ao pressuposto intrínseco de cabimento previsto no artigo 896, **c**, da Consolidação das Leis do Trabalho.

No que se refere à alegação de contrariedade à Orientação Jurisprudencial n.° 4 da SBDI-I, melhor sorte não alcança a reclamada.

Segundo o entendimento desta Corte superior, item II da referida Orientação Jurisprudencial, "*a limpeza em residência e escritórios e a respectiva coleta de lixo não podem ser consideradas atividades insalubres, ainda que constatadas por laudo pericial, porque*

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

não se encontram dentre as classificadas como lixo urbano na Portaria do Ministério do Trabalho".

Ocorre que, no caso específico dos autos, o reclamante ativava-se na coleta de lixo e limpeza de banheiros de uso coletivo, com grande circulação de pessoas, o que, por si só, afasta a limitação imposta no mencionado item II da Orientação Jurisprudencial n.º 4 da SBDI-I, não se podendo confundir a situação vivenciada pela obreira no exercício de suas atividades com a hipótese de limpeza em residência e escritórios.

De outro lado, a limpeza de banheiros e coleta de lixo nas condições especificadas no acórdão recorrido não permitem concluir pela ocorrência de contrariedade ao item I da Orientação Jurisprudencial n.º 4 da SBDI-I deste Tribunal uniformizador, porquanto justificável o enquadramento das atividades do autor como de manipulação de lixo urbano, incidindo a regra do Anexo 14 da NR-15 da Portaria MTPS 3.214/78.

Nesse sentido, é exemplar o seguinte precedente:

> **AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. HOTEL. LIMPEZA DE BANHEIROS. EXPOSIÇÃO A AGENTES BIOLÓGICOS**. Agravo de instrumento provido para melhor exame da divergência jurisprudencial. **RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. HOTEL. LIMPEZA DE BANHEIROS. EXPOSIÇÃO A AGENTES BIOLÓGICO**S. Pacificou a jurisprudência deste Tribunal que -... a limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo não podem ser consideradas atividades insalubres, ainda que constatadas por laudo pericial, porque não se encontram dentre as classificadas como lixo urbano na Portaria do Ministério do Trabalho- (OJ 4, II, SDI-I/TST - grifos acrescidos). Não é possível ampliar a estrita tipicidade do enunciado jurisprudencial a ponto de estender o critério para além de residências e escritórios, enfraquecendo a proteção normativa da NR-15 da Portaria n.º 3.214/78 do MTE, agravando os riscos e malefícios do ambiente laborativo (art. 7º, XXII, CF). Vale dizer, no Direito do Trabalho não se pode ampliar interpretação supressiva de parcelas trabalhistas, principalmente quando relacionada a matéria concernente à saúde e segurança do trabalhador, constitucionalmente protegidas. Sob esse prisma, só tem cabimento a exclusão do adicional de insalubridade se se tratar de limpeza de residência (caso raro) e de efetivo escritório (esta é a expressão da OJ 4/SDI-1/TST). Tratando-se de estabelecimento empresarial

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

> ou de banheiro de locais congêneres (inclusive prédio público, de acesso a uma ampla comunidade de indivíduos), incide a regra do Anexo 14 da NR-15 da Portaria MTPS 3.214/78, prevalecendo o pagamento do adicional de insalubridade. No caso concreto, o Tribunal Regional, com base no laudo pericial, entendeu que seria devido o pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo, porquanto a Reclamante, na atividade de camareira, limpava, em média, 14 a 16 apartamentos por dia, ficando exposta a agentes biológicos na atividade de limpeza e higienização de sanitários e coleta de lixo. Em face desses dados, perfeitamente aplicável a regra do Anexo 14 da NR-15 da Portaria MTE 3.214/78, sendo devido o pagamento da parcela. Recurso de revista a que se nega provimento. (RR-121700-26.2008.5.04.0001, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 10/04/2012, 6ª Turma, Data de Publicação: 18/05/2012).

Acrescente-se, por oportuno, que o recurso de revista não merece seguimento por divergência jurisprudencial. Verifica-se que o primeiro aresto colacionado à fl. 966 é inservível, porquanto oriundo de Turma deste Tribunal Superior. De outro lado, os demais julgados trazidos às fls. 966/967, não autorizam o processamento do recurso de revista, porquanto inespecíficos nos termos da Súmula n.° 296, I, desta Corte uniformizadora, porquanto não contemplam todas as premissas fáticas assentadas no acórdão recorrido, no qual se assinala que o reclamante se ativava na limpeza de banheiros e na coleta de lixo em prédio com grande circulação de pessoas.

Não conheço do recurso de revista.

2.2 - HORAS EXTRAS. NULIDADE DO REGIME DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. ATIVIDADE INSALUBRE.

A Corte de origem, no tocante ao tópico em comento, deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante para, reformando a sentença, acrescer à condenação o pagamento de adicional de horas extras sobre as horas irregularmente compensadas e reflexos. Valeu-se, para tanto, dos seguintes fundamentos, às fls. 928/929:

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

2. HORAS EXTRAS. NULIDADE DO REGIME COMPENSATÓRIO

O reclamante objetiva o pagamento das horas extras decorrentes da nulidade do regime compensatório de horários implantado pela primeira ré, alegando que havia trabalho regular aos sábados, desnaturando a finalidade do regime de compensação, assim como o trabalho era prestado em sob condições insalubres, em afronta ao disposto no art. 60 da CLT.

Analiso.

Pelo exame dos controles de horário juntados aos autos, constato que o reclamante trabalhava em regime de compensação horária, a fim de folgar aos sábados. Os cartões-ponto das fls. 240/254 revelam a prestação de trabalho em alguns sábados, mas de forma eventual, não desnaturando o regime compensatório, sob este aspecto.

De outro lado, o art. 60 da CLT, que dispõe sobre as prorrogações de horário em atividades insalubres, estabelece: "quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho".

Ainda que haja previsão em norma coletiva para adoção de regime de compensação de horas, o entendimento jurisprudencial de que a validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescindiria da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho foi superado com o cancelamento da súmula nº 349 do TST (Resolução nº 174, de 31/05/2011), motivo por que, em se tratando de atividades insalubres e ainda que normas coletivas da categoria autorizem a adoção de compensação horária, o regime de compensação é inválido.

Releva notar que a compensação horária também é uma forma de prorrogação do horário de trabalho, estando perfeitamente inserida na previsão do art. 60 Consolidado. Por outro aspecto, entendo que a compensação horária deve-se pautar pela diretriz contida no art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal e, também, pelas disposições cristalizadas na orientação jurisprudencial majoritária atualmente assentada na Súmula nº 85 do TST, o que foi observado na origem.

Logo, ausente a autorização prévia exigida no art. 60 da CLT, inválido é o regime compensatório adotado.

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

PROCESSO N° TST-RR-947-81.2012.5.04.0233

Dou provimento ao recurso para acrescer à condenação o pagamento de adicional de horas extras sobre as horas irregularmente compensadas (excedentes da 8ª até a 44ª semanal), no percentual legal ou normativo, conforme for mais benéfico ao reclamante, e reflexos em repousos remunerados, 13ºs salários, férias com o terço constitucional, aviso-prévio e FGTS com acréscimo legal de 40%.

Sustenta a recorrente a validade dos cartões de ponto juntados, bem como a inexistência de horas extras que não foram devidamente pagas ou compensadas. Alega que a prestação de jornada extraordinária não era habitual, o que enseja a validade do regime de compensação de jornada. Ressalta a regularidade da adoção de regime de compensação de jornada em atividade insalubre, mediante previsão em norma coletiva, independentemente da licença prévia prevista no artigo 60 da Consolidação das Leis do Trabalho. Esgrime com violação dos artigos 7°, XIII, da Constituição da República, 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333, I, do Código de Processo Civil, bem como com contrariedade à Súmula n.° 85, item II, deste Tribunal Superior. Transcreve arestos com o fito de demonstrar dissenso de teses.

Ao exame.

Tem-se que esta Corte uniformizadora havia sedimentado, por meio da Súmula n.° 349, entendimento no sentido de que "*a validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/1988; art. 60 da CLT)*".

Cumpre observar, no entanto, que o referido verbete sumular foi cancelado por intermédio da Resolução n.° Resolução n.° 174/2011, publicada no DJe em 27, 30 e 31/5/2011. Reabriu-se, assim, a discussão sobre o tema, que deverá ser definido pela evolução da jurisprudência.

A respeito da flexibilização das normas trabalhistas, esta Corte superior tem-se posicionado no sentido de não reconhecer validade às disposições convencionais que atentem contra a saúde e

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

segurança do trabalhador, valorizando, desse modo, a vida e a saúde do obreiro em detrimento da livre negociação.

A proteção à higidez do trabalhador assegurada na legislação trabalhista trata-se de condições mínimas, sendo vedada sua redução mediante convenção das partes.

O artigo 7º, XIII, da Constituição da República que autoriza a prorrogação da jornada mediante negociação coletiva, deve ser interpretado à luz de outros dispositivos constitucionais que visam a proteger bem maior do trabalhador - no caso, sua vida e sua saúde.

Dessa forma, a liberdade negocial assegurada às partes, em matéria de saúde e segurança do trabalhador, encontra limite no inciso XXII do referido preceito constitucional, assim redigido:

> XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

O elastecimento da jornada em atividade insalubre aumenta o risco à saúde do trabalhador, visto que o excesso de jornada gera desgastes físico e emocional do operário, deixando-o mais cansado e, por conseguinte, mais vulnerável à ocorrência de acidentes.

Nesse contexto, afigura-se inviável continuar admitindo que, mediante norma coletiva, as partes pactuem jornada sobressalente (em atividade insalubre) em detrimento da saúde e da segurança do trabalhador.

O artigo 60 da Consolidação das Leis do Trabalho erige regra no sentido de que as prorrogações de jornada de trabalho nas atividades insalubres só poderão se ajustadas mediante licença prévia da autoridade sanitária. Dispõe a mencionada regra que:

> Art. 60 - 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, Indústria e Comercio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, 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 1000D0313D75113519.

> 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.

Por essa razão, mediante a Resolução n.° 174/2011, houve por bem esta Corte superior cancelar a Súmula n.° 349, uma vez que inadmissível prestigiar a negociação coletiva quando esta depuser garantias irredutíveis expressamente previstas na legislação trabalhista.

Cumpre frisar, ainda, que a Súmula n.° 349 desta Corte superior não tem natureza constitutiva de direito, pois não é lei nem meio legítimo para criação de direitos. Trata-se, tão somente, de interpretação da legislação pertinente à matéria. Por essa razão, não se aplicam as regras de direito intertemporal relativamente a ela.

Assim, não afronta o princípio da segurança jurídica a evolução jurisprudencial que implique mudança de posicionamento, uma vez que tal circunstância decorre do natural dinamismo do direito e da jurisprudência. A interpretação jurisprudencial apenas declara o alcance que possui a norma interpretada desde a sua entrada em vigor.

Dessa forma, o cancelamento da Súmula n.° 349 desta Corte superior tem como efeito eliminar a orientação consagrada no verbete e permitir a formação de um novo entendimento a respeito do tema sem a interferência, repita-se, das regras de direito intertemporal.

Somente as autoridades de que trata o artigo 60 consolidado detêm os conhecimentos técnicos e científicos necessários à verificação dos efeitos nefastos para a saúde do trabalhador a que estará submetido, em face de exposição mais prolongada a agentes insalubres.

Mesmo sem olvidar o entendimento outrora consagrado na jurisprudência desta Corte superior, há que frisar que a posição doutrinária orientava-se no sentido da imprescindibilidade da licença da autoridade competente em saúde e segurança do trabalho para a

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

formalização do ajuste de prorrogação de jornada em atividade insalubre, consoante se infere nos excertos reproduzidos:

> Quando determinada atividade figurar na relação oficial, a cargo do Ministério do Trabalho, daquelas consideradas insalubres, os empregados nelas envolvidos só poderão prorrogar a jornada de trabalho depois de obtida licença da autoridade competente que, no âmbito estadual, é a Delegacia Regional do Trabalho. Constituirá infração à lei a prolongamento da jornada de trabalho sob condições insalubres sem o prévio consentimento da autoridade trabalhista. A autorização oficial para a dilatação da jornada de trabalho em tela tem de ser precedida do exame do local de trabalho, bem como dos métodos e processos de trabalho. Tal exame é encargo da DRT. Outras autoridades sanitárias federais, estaduais ou municipais poderão essa diligência. Parece-nos fora de dúvida que, em qualquer caso, o exame deve ser confiado a quem tem sólidos conhecimentos de higiene e segurança do trabalho. Conforme as características do ambiente de trabalho, o exame há de ser realizado por uma equipe multiprofissional: higienista, engenheiro de segurança e médico do trabalho. É silente a lei quanto às precisas finalidades do exame do local de trabalho na hipótese tratada pelo artigo sob epígrafe. Contudo, é evidente que os responsáveis pela perícia deverão responder, no mínimo, a duas indagações: a) cumpre a empresa as determinações legais, no que tange ao trabalho insalubre? b) pode a prorrogação do trabalho afetar a saúde do trabalhador? (SAAD, Eduardo Gabriel, e José Eduardo Duarte, e CASTELLO BRANCO, Ana Maria Saad, *in* "Consolidação das Leis do Trabalho Comentada", 41ª edição. 2008, LTr., p. 142).

A respeito deste tópico, deve-se insistir, a título de argumentação, que não haveria qualquer incompatibilidade entre o texto constitucional vigorando e a exigência celetista de vistoria administrativa prévia para pactuação de sobrejornada ou compensação de horário em situações laborais insalubres. Uma larga multiplicidade de normas constitucionais colocada a saúde e segurança do obreiro em patamar destacado e superior a interesses protegidos por outras normas jurídicas, inclusive trabalhistas (ilustrativamente, arts. 7º, XXII; 194; 196; 197; 200,II, CF/88). Pelo texto magno, a saúde e segurança laborais são direito subjetivo obreiro,

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

> constituindo, ainda, parte integrante e exponencial de uma política de saúde pública no país. Não há, ao revés, na Constituição qualquer indicativo jurídico de que tais valores e objetivos possa ser descurados em faze de qualquer processo negocial coletivo. Na verdade, está-se aqui diante de uma das mais significativas limitações manifestadas pelo *principio de adequação setorial negociada*, informador de que a margem aberta às normas coletivas negociadas não pode ultrapassar o patamar sociojurídico civilizatório mínimo características das sociedades ocidental e brasileira atuais. Nesse patamar, evidentemente, encontra-se a saúde pública e suas repercussões no âmbito empregatício (DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, 5ª edição, 2006, São Paulo: LTr, p. 870/871).

Assim, o instrumento coletivo mediante o qual se prorroga jornada de trabalho em atividade insalubre, se desacompanhado de licença da autoridade competente em saúde e segurança do trabalhador, carece de eficácia jurídica, porquanto desconsidera o disposto em norma de ordem pública, de natureza imperativa. Incólumes, portanto, os dispositivos apontados como violados.

Ademais, revelando a decisão regional consonância com a atual, notória e iterativa jurisprudência desta Corte uniformizadora, mostra-se inviável o seguimento do recurso de revista por dissenso jurisprudencial, ante a incidência da Súmula n.° 333 do Tribunal Superior do Trabalho.

Fica, assim, prejudicado o exame do tema "honorários periciais".

Não conheço do recurso de revista.

2.3 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE N.° 4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A Corte de origem, no que tange ao tema em comento, deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante para fixar o salário contratual do obreiro como a base de cálculo do adicional de insalubridade. Lançou mão, para tanto, dos seguintes fundamentos, aduzidos às fls. 948/951:

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

OMISSÃO. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Sustenta o embargante, que, reformada a sentença no sentido de lhe serem deferidas diferenças de adicional de insalubridade do grau médio para o máximo, foi omisso a acórdão com relação à base de cálculo do referido adicional, a ser fixada como o salário contratual do autor.

Analiso.

O reclamante, em seu recurso ordinário, de fato postula a utilização do salário contratual como base de cálculo do adicional de insalubridade, como se verifica em seu recurso ordinário, na fl. 426.

A teor dos artigos 769 e 897-A da CLT c/c o artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, os embargos de declaração constituem instrumento hábil para sanar contradições, obscuridades ou omissões ocorridas no acordão.

Constatada a omissão, passo à análise do pedido.

O adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário básico contratual, tendo em vista que, embora as fontes de direito não indiquem qual seria o referencial de cálculo adicional em questão, é necessário identificá-lo, a fim garantir o direito constitucional ao trabalhador. O art. 7º, XXIII, da Constituição Federal atribui natureza remuneratória tanto ao adicional de periculosidade quanto ao adicional de insalubridade, e aquele, nos termos do art. 193, § 1º, da CLT, incide sobre o salário básico contratual. Logo, o mesmo raciocínio é válido para a insalubridade.

Adoto como razões de decidir os fundamentos lançados pela Desembargadora Ana Luiza Heineck Kruse, no julgamento do recurso ordinário nº. 0000134-93.2011.5.04.0781, em 28/11/2012:

> "Quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade, esta relatora vinha compartilhando do entendimento veiculado na revigorada Súmula nº 17 do C. TST, inclusive equiparando piso normativo e salário profissional para efeito de valorizar a negociação coletiva e, salvo exceções inscritas na própria disposição normativa, ampliar o comando disposto no art. 192 da CLT, dispositivo que desde 1943 preconizava o salário mínimo "da região" (e depois nacionalmente unificado) como parâmetro de cálculo do adicional em debate.
>
> Essa discussão recrudesceu com a edição da Súmula Vinculante nº 4 pelo E. STF, (...)

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

> Ora, em obediência aos termos do art. 103-A da Constituição Federal, e na linha dos precedentes que deram origem à Súmula em questão - RE nºs 338760, 439035 e 565714 -, é certo que todos os demais órgãos do Poder Judiciário, desde já, devem respeitar a definição de que a base de cálculo do adicional de insalubridade não pode ser o salário mínimo mensal, sob pena de violação da norma contida no inciso IV do art. 7º da Carta Maior.
>
> Neste passo, a continuidade de utilização do salário profissional ou do piso normativo como base de cálculo da rubrica, a par de suscitar possíveis reclamações junto ao STF, ocasionaria um verdadeiro desprestígio daquela categoria melhor organizada, que justamente logrou êxito na negociação coletiva e que, agora, diferentemente das demais, que nada convencionaram, pode se ver jungida a critérios por vezes até menos benéficos.
>
> Dessarte, e considerando-se que na lacuna legislativa é preciso buscar uma solução nos princípios gerais de direito e na analogia, forte nos arts. 4º da LICC, 8º da CLT e 126 do CPC, cumpre adotar, como base de cálculo da vantagem, o salário contratual básico do empregado, na esteira da norma inserta no §1º do art. 193 da CLT, que dispõe acerca da base de cálculo do adicional de periculosidade". (TRT da 4ª Região, 1a. Turma, 0000134-93.2011.5.04.0781 RO, em 28/11/2012, Desembargadora Ana Luiza Heineck Kruse - Relatora. Participaram do julgamento: Desembargadora Iris Lima de Moraes, Desembargadora Laís Helena Jaeger Nicotti).

Sendo assim, acolho os embargos de declaração para, sanando a omissão apontada, fixar o salário contratual do autor como base de cálculo do adicional de insalubridade, sem a concessão de efeito modificativo ao julgado.

Sustenta a primeira demandada que a base de cálculo do adicional de insalubridade deve ser o salário mínimo e, não, o salário contratual do obreiro. Esgrime com contrariedade à súmula vinculante n.° 4 do Supremo Tribunal Federal. Transcreve aresto com o fito de demonstrar dissenso de teses.

Assiste razão à recorrente.

Cumpre perquirir, inicialmente, acerca da possibilidade de conhecer do recurso de revista por contrariedade à Súmula Vinculante n.° 4 do Supremo Tribunal Federal.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, 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 1000D0313D75113519.

Com a Emenda Constitucional n.° 45/2004, acrescentou-se o artigo 103-A à Constituição da República, incorporando-se ao sistema jurídico vigente o instituto da súmula vinculante, de observância obrigatória no âmbito do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Referido preceito tem o seguinte teor:

> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A adoção da medida vinculante tem como efeito conferir maior celeridade aos processos, em observância ao disposto no artigo 5°, LXXVIII, da Constituição da República, além de prevenir decisões conflitantes sobre a mesma matéria, garantindo a segurança jurídica.

A aplicação obrigatória da súmula vinculante introduz a jurisprudência no ordenamento jurídico como fonte do direito, o que deve ser visto como fenômeno natural da ciência jurídica moderna, conforme explicitado por Norberto Bobbio:

> É muito frequente entre os juristas a opinião de que a ciência jurídica moderna nasceu da passagem da jurisprudência exegética à *jurisprudência sistemática* ou, em outras palavras, que a jurisprudência se elevou ao nível de ciência tornando-se "sistemática" (Teoria do ordenamento jurídico, Editora Universidade de Brasília, 10ª Edição, 1999, p. 78).

Inevitável, nesse contexto, o reconhecimento da força normativa da súmula vinculante, que, no caso, tem natureza constitucional.

Dessa forma, a fim de atender ao propósito da inovação introduzida pela Emenda Constitucional n.° 45/2004, mediante a qual se procedeu à reforma do Poder Judiciário, impõe-se a estrita observância

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

do precedente vinculante, bem assim de seus fundamentos determinantes, que revelam a exegese autorizada da Suprema Corte em relação ao dispositivo constitucional do qual emanou a súmula vinculante.

Não podem, assim, na atual configuração, conforme ensinam Lima, Marques e Aguiar, os entes do Poder Judiciário afastar-se da proposição contida na súmula, que, embora limitada em seu objeto e no grau de generalidade e abstração, possui evidente caráter normativo, tanto que, nos termos do parágrafo 3º do próprio artigo 103-A da Constituição da República, o desvio da orientação preconizada na súmula desafiará o manejo de reclamação perante a Corte Suprema, que poderá, se for o caso, cassar a decisão proferida ou anular o ato administrativo (LIMA, Carlos Eduardo de Oliveira; MARQUES, Edson Rodrigues; AGUIAR, Rodrigo de Souza. Artigo 103-A da Constituição: a introdução da súmula vinculante no ordenamento pátrio. Revista da AGU. Ano VII, n. 60. Janeiro de 2007. p. 2).

Evidente a natureza constitucional do instituto, que fixa não apenas a interpretação, mas o próprio conteúdo do dispositivo constitucional.

Como efeito prático da súmula vinculante e, principalmente, em razão do reconhecimento da repercussão geral quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade (RE-565.714 RG/SP, DJE 21/2/2008), observa-se que o Supremo Tribunal Federal, com base no artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, tem determinado o retorno dos autos ao colegiado de origem, possibilitando o juízo de retratação e a adequação da decisão à Súmula Vinculante n.º 4 do STF, conforme se verifica a seguir:

> 1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho que versa sobre base de cálculo para adicional de insalubridade. Sustenta o recorrente, com fundamento no art. 102, III, a, ofensa ao art. 7º, IV, da Constituição da República. Há preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, na forma do art. 543-A, § 2º, do CPC. 2. A Corte, ao analisar o RE n.º 565.714 (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 21.2.2008), reconheceu a existência de repercussão geral em tema idêntico ao versado no presente recurso, razão pela qual, com fundamento no art. 328, § único, do RISTF, determino a devolução dos autos ao Tribunal de origem,

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

para os fins do art. 543-B do CPC. (RE 582.364/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, DJE de 11/2/2010.)

Da mesma forma, a Presidência desta Corte superior, ao proceder ao juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários versando a presente matéria, tem devolvido os autos ao órgão fracionário de origem, a fim de possibilitar o juízo de retratação.

Resulta, daí, que a adequação da decisão recorrida ao entendimento fixado na súmula vinculante trata-se de providência imperativa, a fim de conferir plena eficácia à novidade jurídica introduzida pela Emenda Constitucional n.° 45/2004.

Tal providência coaduna-se com a proposta ontológica da súmula vinculante, por imprimir celeridade ao processo e garantir unidade das decisões, favorecendo a segurança jurídica.

Dessa forma, afigura-se perfeitamente viável o conhecimento do recurso de revista por contrariedade a súmula vinculante emanada da excelsa Corte.

A respeito do conhecimento do recurso por contrariedade à Súmula Vinculante n.° 4 do Supremo Tribunal Federal, observe-se o seguinte precedente desta Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho:

> **RECURSO DE REVISTA ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO RECURSO DE REVISTA - CONTRARIEDADE À SÚMULA VINCULANTE N.º 04 DO EXCELSO STF CABIMENTO FRENTE AO ART. 896 DA CLT.** É inarredável o cabimento do recurso de revista fundamentado em contrariedade a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, quando decisão proferida por Tribunal Regional do Trabalho contrariar os seus termos. Isso por uma razão muito simples, a força normativa da Constituição Federal, que impõe a observância da Súmula Vinculante a todas as esferas do Poder Judiciário, finda por obrigar o órgão judicial encarregado de uniformizar a jurisprudência dos tribunais a adotar o posicionamento nela contido, pois a sua própria jurisprudência dela não pode destoar. Recurso de revista conhecido e provido (RR-76.100-16.2008.5.04.0701, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DEJT de 19/2/2010).

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, 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 1000D0313D75113519.

PROCESSO Nº TST-RR-947-81.2012.5.04.0233

A matéria sob exame - base de cálculo do adicional de insalubridade – já foi equacionada à luz dos parâmetros firmados pela excelsa Corte, que, 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 de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial*".

Mais recentemente, o Ex.mo Sr. Presidente do Supremo Tribunal Federal, 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.

Nesse contexto, tem-se que o artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelece o salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, revela-se incompatível com o disposto no artigo 7º, IV, da Constituição da República, que veda a vinculação de qualquer vantagem ao salário-mínimo.

Cumpre destacar, todavia, que do entendimento consagrado na súmula vinculante em comento, à luz da interpretação que lhe emprestou a Suprema Corte, mediante decisão proferida por seu ilustre Presidente, resulta a impossibilidade de adotar outra base de cálculo por meio de decisão judicial, o que conduz à conclusão de que a utilização do salário-mínimo como indexador do adicional de insalubridade, no caso, apesar de incompatível com a nova ordem constitucional, deve prevalecer até que se edite lei ou norma coletiva superando tal incompatibilidade.

Nesse sentido vem-se firmando a jurisprudência desta Corte superior, consoante se extrai dos seguintes julgados:

> **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE 4. ART.192 DA CLT. INCONSTITUCIONALIDADE. REVIGORAMENTO TEMPORÁRIO.** O STF editou a Súmula Vinculante 4, segundo a qual, 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. Diante da lacuna

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

legislativa daí decorrente, acerca da definição da base de cálculo do adicional de insalubridade, o Supremo Tribunal houve por bem preservar o salário mínimo como base de cálculo, até que sobrevenha lei ou norma coletiva dispondo sobre a matéria, revigorando, assim, o art. 192 da CLT, em razão do qual deve prevalecer a jurisprudência tradicional desta Corte adotada antes da edição da Súmula Vinculante 4. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento (E-RR-729.091/2001.7, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, SBDI-I, DEJT de 21/8/2009) .

RECURSOS DE REVISTA INTERPOSTOS PELA UNICAMP E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO TEMA EM COMUM - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO SÚMULA VINCULANTE N.º 04 DO EXCELSO STF SUSPENSÃO DA SÚMULA N.º 228 DO TST DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM DECLARAÇÃO DE NULIDADE - MANUTENÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO BASE DE CÁLCULO ATÉ A EDIÇÃO DE NOVA LEI EM SENTIDO CONTRÁRIO OU CELEBRAÇÃO DE CONVENÇÃO COLETIVA. O Supremo Tribunal Federal, mediante o julgamento do RE 565.714/SP, editou a Súmula Vinculante n.º 04, que concluiu que o art. 7º, IV, da Constituição Federal veda a utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade**.** Apesar de reconhecer a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como indexador da base de cálculo do referido adicional, vedou a substituição desse parâmetro por decisão judicial. Assim, o adicional de insalubridade deve permanecer sendo calculado com base no salário mínimo enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva. Precedentes da SBDI-1. Recursos de revista conhecidos e providos (RR-118/2004-128-15-00.1, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, DEJT de 1º/8/2009).

I) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO MÍNIMO (CLT, ART. 192) DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE (UNVEREINBARKEITSERKLÄ RUNG) NORMA COLETIVA AFASTANDO O SALÁRIO NORMATIVO COMO BASE DE

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

PROCESSO Nº TST-RR-947-81.2012.5.04.0233

CÁLCULO VALIDADE - SÚMULA VINCULANTE 4 DO STF ART. 7º, XXVI, DA CF. 1. O STF, ao apreciar o RE-565.714-SP, sob o pálio da repercussão geral da questão constitucional referente à base de cálculo do adicional de insalubridade, editou a Súmula Vinculante 4, reconhecendo a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo, mas vedando a substituição desse parâmetro por decisão judicial. Rejeitou, inclusive, a tese da conversão do salário mínimo em sua expressão monetária e aplicação posterior dos índices de correção dos salários, uma vez que, sendo o reajuste do salário mínimo mais elevado do que a inflação do período, restariam os servidores e empregados postulantes de uma base de cálculo mais ampla prejudicados ao receberem como prestação jurisdicional a redução da vantagem postulada. 2. Assim decidindo, a Suprema Corte adotou técnica decisória conhecida no Direito Constitucional Alemão como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (Unvereinbarkeitserklä rung), ou seja, a norma, não obstante ser declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se substituir ao legislador para definir critério diverso para a regulação da matéria. 3. O Direito Constitucional pátrio encampou tal técnica no art. 27 da Lei 9.868/99, o qual dispõe que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. *In casu*, o momento oportuno fixado pela Suprema Corte foi o da edição de norma que substitua a declarada inconstitucional. 4. Nesse contexto, ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do art. 192 da CLT e, por conseguinte, da própria Súmula 228 do TST, tem-se que a parte final da Súmula Vinculante 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 distinta do salário mínimo para o adicional de insalubridade, continuará a ser aplicado esse critério para o cálculo do referido adicional. Reforça tal convicção o fato de o STF ter cassado, em liminar, tanto a nova redação da Súmula 228 do TST, que estabelecia, após a Súmula Vinculante 4 do STF, o salário básico como parâmetro para o adicional de insalubridade

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

(Reclamação 6.266-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 05/08/08), quanto decisão judicial que substituía o salário mínimo pelo piso salarial da categoria (Reclamação 6.833-PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 28/10/08) (RR-551/2006-382-04-00, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, DJU de 19/12/2008).

Somam-se à jurisprudência transcrita os seguintes julgados desta Corte superior: 2ª Turma, AIRR-805/2008-001-19-40.6, Rel. Min. Vantuil Abdala, DEJT de 14/8/2009; 3ª Turma, AIRR-2.014/2007-664-09-40.6, Rel. Min. Alberto Bresciani, DEJT de 21/8/2009; 4ª Turma, RR-1.667/2007-333-04-00.8, Rel. Min. Barros Levenhagen, DEJT de 21/8/2009; 5ª Turma, RR-2.284/2005-004-09-00.8, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT de 21/8/2009; 6ª Turma, RR-1.554/2007-332-04-00.6, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT de 21/8/2009; 8ª Turma, RR-889/2005-042-15-00.8, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT de 21/8/2009.

Conquanto guarde ressalvas em relação a esse entendimento, dou-lhe aplicação ao caso concreto, em homenagem ao caráter uniformizador dos pronunciamentos desta Corte superior trabalhista.

Com esses fundamentos, **conheço** do recurso, por contrariedade à Súmula Vinculante n.° 4 do Supremo Tribunal Federal.

2.4 - DEPÓSITOS DO FGTS. ÔNUS DA PROVA.

A Corte de origem, no tocante ao tema em epígrafe, negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada. Consignou, para tanto, os seguintes fundamentos, às fls. 923/924:

> 3. FGTS
>
> A reclamada se volta contra a condenação ao pagamento de diferenças do FGTS do contrato de trabalho, afirmando ser ônus do autor demonstrar o recolhimento a menor, não servindo para tal propósito o extrato da fl. 221, pois não prova que houve omissão do empregador na efetivação dos depósitos. Requer ser absolvida da condenação.
>
> Analiso.
>
> Não obstante o cancelamento da Orientação Jurisprudencial 301 da SDI do TST segundo a qual "Definido pelo reclamante o período no qual não

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, 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 1000D0313D75113519.

houve depósito do FGTS, ou houve em valor inferior, alegado pela reclamada a inexistência de diferença nos recolhimentos de FGTS, atrai para si o ônus da prova, incumbindo-lhe, portanto, apresentar as guias respectivas, a fim de demonstrar o fato extintivo do direito do autor (art. 818 da CLT c/c art. 333, II, do CPC". Tal qual decidido na origem, a questão deve ser apreciada sob a ótica da aptidão para a prova.

Assim, a prova deve ser produzida por quem a detém ou possui mais fácil acesso. No caso, compete ao empregador a comprovação dos depósitos do FGTS efetivados na conta vinculada do reclamante, pois é quem tem o dever de apresentar os comprovantes na hipótese de fiscalização pelo Ministério do Trabalho, determinada pelos arts. 626 e 630, §§ 3º e 4º, da CLT, 23 da Lei 8036/90, 54 do Decreto 99.684/90 e 1º da Lei 8844/94, verbis:

> "Art. 626 - Incumbe às autoridades competentes do Ministério do Trabalho, Industria e Comercio, ou àquelas que exerçam funções delegadas, a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho.-
>
> Art. 630 ...
>
> § 4º - Os documentos sujeitos à inspeção deverão permanecer, sob as penas da lei nos locais de trabalho, somente se admitindo, por exceção, a critério da autoridade competente, sejam os mesmos apresentados em dia hora previamente fixados pelo agente da inspeção.
>
> Art. 54. Compete ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social (MTPS), por intermédio do INSS, exercer a fiscalização do cumprimento do disposto na Lei n° 8.036, de 1990, de acordo com este regulamento e os arts. 626 a 642 da CLT, especialmente quanto à apuração dos débitos e das infrações praticadas pelos empregadores.

Portanto, não tendo a reclamada se desincumbido do ônus probatório quanto à correção dos recolhimentos ao FGTS efetuados durante o contrato, nada a reformar no aspecto.

Nego provimento

Sustenta a primeira reclamada que o recorrido não se desincumbiu de seu ônus probatório, qual seja, de comprovar o pagamento incorreto do FGTS durante a contratualidade. Esgrime com violação dos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333 do Código de

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Processo Civil, bem como com contrariedade à Orientação Jurisprudencial n.° 301 da SBDI-I deste Tribunal Superior.

Ao exame.

A questão alusiva à distribuição do ônus da prova na hipótese de pedido de diferenças do FGTS foi objeto de recente debate nesta Corte uniformizadora. Concluiu o Tribunal Superior do Trabalho, em sua composição plenária, que, em face do princípio da aptidão para a prova, cabe ao empregador o ônus de comprovar a regular quitação das contribuições devidas ao FGTS.

Por esse motivo, resultou cancelada a Orientação Jurisprudencial n.° 301 da SBDI-I desta Corte superior - por meio da qual se consagrava o entendimento no sentido de que "alegada pela reclamada a inexistência de diferença nos recolhimentos de FGTS, atrai para si o ônus da prova, incumbindo-lhe, portanto, apresentar as guias respectivas, a fim de demonstrar o fato extintivo do direito do autor" - consoante Resolução n.° 175/2011, publicada no DEJT dos dias 27, 30 e 31/05/2011. Nesse contexto, não há falar em ofensa aos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333, I, do Código de Processo Civil.

Não conheço do recurso de revista.

2.5 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

A Corte de origem, no que tange ao tema em epígrafe, negou provimento ao recurso ordinário interposto pela primeira reclamada, mantendo, assim, a sentença mediante a qual fora condenada ao pagamento de honorários assistenciais no percentual de 15% sobre o valor bruto da condenação. Consignou, para tanto, os seguintes fundamentos, às fls. 924/925:

> 4. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS
>
> A reclamada se insurge contra a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, alegando não estarem preenchidos os requisitos da Lei nº 5.584/70.
>
> Analiso.
>
> A assistência judiciária gratuita constitui garantia do cidadão prevista na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXIV, tendo-se como

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

bastante a declaração de insuficiência de recursos para que alcance o benefício buscado, com as isenções estabelecidas na Lei nº 1.060/50. Note-se que não se trata de honorários de sucumbência nos moldes previstos no art. 20 do CPC, mas, sim, de honorários decorrentes da Justiça Gratuita, assegurada pelo Estado ao hipossuficiente.

Aplicável para o fim de deferimento de honorários a Lei 1.060/50, razão pela qual não adoto as Súmulas 219 e 329 do TST, de sorte que a ausência de credencial sindical não tem o condão de afastar o direito ao benefício em causa, incluindo o direito aos honorários assistenciais.

A parte autora apresenta declaração de pobreza (fl. 12), estando, portanto, isenta do pagamento das despesas processuais, cabendo à reclamada o pagamento de honorários assistenciais fixados em 15% sobre o valor bruto da condenação (Súmula nº 37 deste Tribunal), obtido na fase de liquidação de sentença, ou seja, sobre o valor liquidado da condenação, correspondente àquele que é efetivamente devido à parte vencedora, sem os descontos fiscais e previdenciários cabíveis, conforme dispõe a OJ nº 348 do TST.

Assim, nego provimento ao recurso.

Sustenta a reclamada, em suas razões de recurso de revista, que, na hipótese dos autos, não resultaram preenchidos os requisitos que ensejam a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, mormente porque o obreiro não se encontra assistido pelo sindicato de sua categoria profissional. Esgrime com violação dos artigos 14, da Lei n.º 5.584/70, bem como com contrariedade às Súmulas de n.ºs 219 e 329, ambas deste Tribunal Superior. Transcreve arestos para confronto de teses.

Com razão a recorrente.

Registrou expressamente a Corte de origem que, no caso concreto, a despeito da ausência de credencial sindical, faz jus o reclamante aos honorários advocatícios, eis que consta dos autos declaração de hipossuficiência econômica firmada pelo recorrido, sendo este o único requisito imprescindível à concessão da parcela em comento.

Infere-se do acórdão prolatado pela Corte de origem que, no caso concreto, o reclamante não se encontra assistido pelo

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, 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 1000D0313D75113519.

sindicato. Tal fato é corroborado pelo instrumento de procuração carreado à fl. 21, que evidencia a assistência do obreiro por advogado particular. Resultam indevidos, em tais circunstâncias, os honorários advocatícios, nos termos da jurisprudência desta Corte superior, cristalizada na Súmula n.º 219, item I, de seguinte teor:

> **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO.**
>
> I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Ante o exposto, **conheço** do recurso de revista, por contrariedade à Súmula n.º 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

II – MÉRITO

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE N.º 4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Conhecido o recurso de revista por contrariedade à Súmula Vinculante n.º 4 do Supremo Tribunal Federal, a consequência lógica é o seu provimento, para determinar a incidência do adicional de insalubridade sobre o salário-mínimo.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Conhecido o recurso de revista por contrariedade à Súmula n.º 219 desta Corte superior, o seu provimento é mero corolário. **Dou provimento** ao recurso para excluir da condenação o pagamento dos honorários advocatícios.

ISTO POSTO

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

PROCESSO Nº TST-RR-947-81.2012.5.04.0233

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista quanto ao tema "honorários advocatícios", por contrariedade à Súmula n.º 219 desta Corte uniformizadora, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento dos honorários advocatícios. Ainda, por unanimidade, conhecer do recurso de revista quanto ao tema "adicional de insalubridade – base de cálculo", por contrariedade à Súmula Vinculante n.º 4 do Supremo Tribunal Federal, e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar a incidência do adicional de insalubridade sobre o salário mínimo e excluir da condenação as diferenças do adicional de insalubridade e reflexos.

Brasília, 10 de dezembro de 2014.

Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)
LELIO BENTES CORRÊA
Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.tst.jus.br/validador sob código 1000D0313D75113519.

Firmado por assinatura digital em 10/12/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.