



PROCESSO N° TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

A C Ó R D ã O
5ª Turma
EMP/mc

RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE. ACÓRDÃO DO REGIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

No tocante aos trabalhos nos domingos e feriados, a reclamada inovou nos embargos de declaração, e o TRT não tinha obrigação e examinar a questão não suscitada pela própria parte até então. Quanto ao pagamento de horas extras acima da 10ª hora, a nulidade do acordo para compensação de jornada torna irrelevante tal pagamento para respaldar a validade do regime de compensação adotado. Já em relação à indicada omissão pelo julgamento *extra petita*, incide a O.J. 119 da SbDI-1 do TST e não há necessidade de prequestionamento. **Incólumes os dispositivos indicados.**

Não conhecido.

JULGAMENTO EXTRA PETITA. HORAS EXTRAS.

O provimento dado pelo TRT está de acordo com a petição inicial e conforme o recurso ordinário. **Portanto, não vislumbro as violações apontadas.**

Não conhecido.

JORNADA DE TRABALHO 12 X 36. NORMA COLETIVA. PAGAMENTO EM DOBRO DOS FERIADOS

O TRT decidiu de acordo com a Súmula 444 do TST, **o que atrai o parágrafo 4º do art. 896 da CLT.**

Não conhecido.

HORAS EXTRAS. NULIDADE DO REGIME COMPENSATÓRIO. ATIVIDADE INSALUBRE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.

Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que, reconhecida a condição insalubre da atividade exercida pelo



PROCESSO N° TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

reclamante, mesmo que autorizada a prorrogação da jornada por meio de acordo coletivo, a sua validade sujeita-se também à fiscalização pela autoridade competente, porque afeta a norma de segurança e saúde do trabalho, garantia fundamental do trabalhador. **Precedentes.** Incide a Súmula 333 do TST. Ademais, as Súmulas indicadas não tratam de trabalho insalubre, o que atrai a inespecificidade de que trata a Súmula 296 do TST.

Não conhecido.

ADICIONAL NOTURNO - PRORROGAÇÃO DA JORNADA NOTURNA.

O TRT decidiu de acordo com a Súmula 60, II, do TST, **o que atrai o parágrafo 4° do art. 896 da CLT.**

Não conhecido.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.

Diante dos limites impostos na Súmula Vinculante n° 4 do STF, na qual, mesmo afastando-se o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, se ressalta que outro parâmetro não pode ser fixado mediante decisão judicial, entende-se que, na ausência de instrumento coletivo ou de lei expressamente fixando base de cálculo diversa, subsiste o salário mínimo como parâmetro de cálculo do adicional de insalubridade.

Conhecido e provido, no particular.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-638-23.2012.5.04.0019**, em que é Recorrente **IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICORDIA DE PORTO ALEGRE** e Recorrido **MARIA JUVENTINA STAUDT**.



PROCESSO N° TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região reformou a sentença deferir horas extras, adicional de insalubridade e base de calculo pelo salário da reclamante e julgar nula a compensação de jornada.

Os embargos de declaração opostos pela reclamada foram rejeitados.

A reclamada interpôs recurso de revista, com fulcro no artigo 896, "a" e "c", da CLT.

O apelo foi admitido pela Presidência da Corte Regional.

Contrarrrazões não foram apresentadas.

Não houve remessa dos autos ao d. Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

I - CONHECIMENTO.

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

PRELIMINAR DE NULIDADE. ACÓRDÃO DO REGIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A reclamada suscita preliminar de nulidade do v. acórdão recorrido por negativa de prestação jurisdicional, sustentando que o Eg. Tribunal de origem, apesar de instado mediante embargos de declaração, não se manifestou sobre: a) folgas concedidas mensalmente para compensar eventuais feriados; b) contradição em relação à aplicação da Súmula 444 do TST em face do pagamento das horas extras excedentes à 10ª diária e c) omissão em relação ao pedido da reclamante apenas do adicional de extraordinariedade sobre as horas irregularmente compensadas. Indica afronta dos arts. 93, IX, da Constituição da República e 832 da CLT. Transcreve arestos para confronto de teses.

Quanto às horas extras, o TRT decidiu:

3. PLANTÕES EM DOMINGOS E FERIADOS TRABALHADOS.



PROCESSO N° TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

Sustenta a reclamante que, restando provado que, durante a contratualidade, laborou a maioria dos domingos e feriados sem ter as folgas compensatórias, nem receber o referido e convencionado adicional, deverá ser reformada a sentença para condenar a reclamada no pagamento dos repousos semanais trabalhados e ompensados irregularmente, a serem apurados com adicional de 120%, conforme previsão em norma coletiva.

Analiso.

A sentença, em relação ao tópico, assim decidiu:

"Relativamente ao trabalho em domingos e feriados, em razão da adoção da escala de 12X36, tem-se que o trabalho nos referidos dias está automaticamente compensado e que, portanto, que não é devido o seu pagamento como pretende a demandante."

A jornada 12 x 36 é compensatória em relação aos domingos laborados, não o sendo, contudo, no tocante aos feriados. Deste modo, não sendo possível a suspensão do trabalho em tais dias, deve ser assegurado ao empregado a percepção de sua remuneração, em dobro, nos termos da Súmula 444 do TST:

Súmula n° 444

JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e27.09.2012 - republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504.280/2012.2 – DEJT divulgado em 26.11.2012.

"É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas."

Sendo assim, condeno a reclamada ao pagamento da remuneração em dobro correspondente aos feriados laborados, com base nos cartões-ponto juntados aos autos, com adicional previsto nos instrumentos normativos.

Recurso parcialmente provido.

4. HORAS EXTRAS ALÉM DA 36« SEMANAL.

Afirma a reclamante que a jornada de 12x36 é ilegal, independentemente de previsão em acordo individual por escrito, ou mesmo nos instrumentos normativos aplicáveis, por esbarrar na vedação legal



PROCESSO N° TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

prevista no art. 59 da CLT, o qual estabelece a jornada máxima de dez horas diárias para tal fim.

Sustenta que tem direito ao pagamento do adicional de extraordinariedade sobre as horas irregularmente compensadas, assim concebidas as excedentes à oitava diária até o limite de 44 horas semanais, por aplicação do entendimento consubstanciado na Súmula 85, IV, do JST e ao pagamento como horas extras das que ultrapassarem esse limite semanal.

Analiso.

A sentença considerou válido o regime compensatório adotado pela reclamada, por entender que se aplica ao caso o entendimento da Súmula 349 do TST, ainda que cancelada em maio de 2011, pois contemporânea à época do contrato de trabalho havido entre as partes.

Data venia do entendimento da Julgadora de origem, a reclamante percebia adicional de insalubridade e, relativamente à compensação de jornada em atividade insalubre, revendo posicionamento anteriormente adotado, passo a decidir no sentido de que não há como se considerar regular o regime compensatório, uma vez que a reclamante desempenhava seu trabalho em ambiente em que se faziam presentes agentes nocivos à sua saúde, devendo ser considerado nulo qualquer acordo tácito ou individual de compensação de horário neste aspecto. Deste modo, e acompanhando a evolução jurisprudencial acerca do tema, em vista do cancelamento das Súmulas 349 do TST e 7 deste TRT, tenho que é nulo o regime de compensação horária em atividade insalubre, pactuado em acordo ou em convenção coletiva de trabalho, **quando inexistia comprovação da licença prévia de que trata o art. 60 da CLT**. Isso porque tal requisito não prevalece diante do disposto no art. 7º, XIII, da CF. Assim decidi no processo 0000032-07.201.2.5.04.0015 RO Qulg: 18/04/13, partic: Des. Alexandre Corrêa da Cruz e Des. Raul Zoratto Sanvicente). Outro precedente da Turma: 0000859-11.2011.5.04.0352 RO üulg: 07/03/13, Rei. Des. Raul Zoratto Sanvicente. partic: Pesa. Tânia Maciel de Souza e Des. Alexandre Con-êa da Cruz).

Portanto, não sendo válido o regime compensatório são devidas as horas extras em relação às excedentes à oitava hora diária e 44 horas semanais, com adicional previsto nos instrumentos normativos, e reflexos



PROCESSO N° TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

em repousos semanais remunerados, FGTS com 40%, adicional de insalubridade, férias com 1/3, 13º salário e aviso prévio.

Recurso provido.

No tocante aos trabalhos nos domingos e feriados, a reclamada inovou nos embargos de declaração, pois na contestação apenas alegou:

Da Jornada de Trabalho

03 - A Reclamante laborava no conhecido regime adotado em hospitais de 12 horas de trabalho, gozando em seguida, de 36 horas de descanso, das 19h às 07h, sendo impugnada a jornada lançada na petição inicial, bem como a alegação de que laborava em média 35min de horas extras diariamente, eis que conforme se depreende dos cartões ponto, não ocorria. Também é impugnada a alegação de que não foram registradas todas as horas laboradas pela reclamante, eis que tal situação não ocorria.

Laborava em dias alternados perfazendo 15 ou 16 jornadas no mês. Laborava no sistema horista de pagamento e dentro de tal sistema, recebia como horas normais, 10 horas diárias, o que equivale a 150 ou 160 horas mensais.

Recebia ainda, como horas extras, 02 horas diárias, as excedentes da 10ªh diária, o que significa o pagamento de 30 ou 32 horas extras mensais. Era-lhe paga, ainda, a hora reduzida noturna em torno de 15 a 16 horas mensais, com o mesmo adicional das horas extras, o que equivale dizer que a Reclamante recebia 13 horas diárias e adicional noturno sobre todas as horas noturnas trabalhadas. As horas extras pagas integram o pagamento de repousos, férias, gratificações natalinas, aviso prévio e FGTS. Demonstra-se assim, que todas as trabalhadas, já foram pagas.

Nada há falar em diferenças de horas extras, eis que a reclamante recebeu como extras todas as horas laboradas além das 10h diária, restando compensadas a 9ª e a 10ª horas trabalhadas pela reclamante.

(...)

Por fim, nas oportunidades em que a Reclamante trabalhou em domingos e/ou feriados, gozou de folga imediata de 36h o que atende, em número superior, as exigências legais que é de 35h, obtidas da combinação dos arts. 66 e 67 da CLT. Assim, temos **que os repousos e feriados**



PROCESSO N° TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

trabalhados estão devidamente compensados dentro deste sistema nada havendo que se falar em pagamento em dobro, tão pouco com o adicional de 120%, eis que sem amparo nas normas coletiva da categoria.

De fato, defendeu a reclamada apenas que "os repousos e feriados trabalhados estão devidamente compensados dentro deste sistema nada havendo que se falar em pagamento em dobro". Assim, a assertiva de que havia "folgas concedidas mensalmente para compensar eventuais feriados", em contrarrazões (fl. 687 do processo digital) constituiu inovação nos embargos de declaração, porque não suscitada na contestação e o parágrafo 1º do artigo 515 do CPC dispõe que "serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal **todas as questões suscitadas e discutidas no processo**, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro". Significa afirmar que não tinha obrigação do TRT de examinar a questão NÃO SUSCITADA PELA PRÓPRIA PARTE, tampouco na sentença.

Quanto ao pagamento de horas extras acima da 10ª hora, realmente havia suscita reclamada na contestação: "Nada há falar em diferenças de horas extras, eis que a reclamante recebeu como extras todas as horas laboradas além das 10h diária, restando compensadas a 9ª e a 10ª horas trabalhadas pela reclamante".

Todavia, o Tribunal Regional consignou, com base no conjunto probatório dos autos, que a validade do regime compensatório, a teor do art. 60 da CLT, em se tratando de atividade insalubre, depende de licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho e, assim não sendo, é nulo o regime compensatório ajustado.

Portanto, é dispensável a análise desta questão (pagamento de horas extras acima da 10ª hora), já que a nulidade do acordo torna irrelevante tal pagamento para respaldar a validade do regime de compensação adotado.

Já em relação à indicada omissão, **em relação ao pedido da reclamante do adicional de extraordinariedade sobre as horas irregularmente compensadas,** trata-se de suposta nulidade que será



PROCESSO N° TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

examinada no item "julgamento *extra petita*", e não há necessidade de pronunciamento no TRT, segundo a O.J. 119 da SbDI-1 do TST:

119. PREQUESTIONAMENTO INEXIGÍVEL. VIOLAÇÃO NASCIDA NA PRÓPRIA DECISÃO RECORRIDA. SÚMULA N° 297 DO TST. INAPLICÁVEL (inserido dispositivo) - DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010. É inexigível o prequestionamento quando a violação indicada houver nascido na própria decisão recorrida. Inaplicável a Súmula n.º 297 do TST.

Portanto, não vislumbro as violações apontadas.
Não conheço.

JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. HORAS EXTRAS.

Sustenta a reclamada que o acórdão recorrido é nulo, porquanto *ultra petita*, pois foram concedidas à reclamante horas extras, que sequer foram pedidas no recurso ordinário. Indica violação dos arts. 128 e 460 do CPC.

Sem razão.

Na petição inicial consta:

A verdade é que a reclamante laborou em jornada extraordinária, fazendo jus ao pagamento de horas extras e seus reflexos, de todo o período contratual. O calculo das horas extras devera considerar todas as verbas postuladas na presente reclamatória (...).

(...)

Pagamento das horas extras além da 36' semanal, com adicional previsto nos instrumentos normativos ou os já reconhecidos pela Reclamada.

O provimento está de acordo com a petição inicial.
Ademais, o provimento está de acordo com o recurso ordinário:

Portanto, deverá ser totalmente reformada a sentença a quo no tópico para condenar a recorrida no pagamento das horas extras a recorrente.

Assim, não vislumbro as violações apontadas.
Não conheço.



PROCESSO N° TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

JORNADA DE TRABALHO 12 X 36. NORMA COLETIVA. PAGAMENTO EM DOBRO DOS FERIADOS

O Tribunal Regional consignou os seguintes fundamentos:

3. PLANTÕES EM DOMINGOS E FERIADOS TRABALHADOS.

Sustenta a reclamante que, restando provado que, durante a contratualidade, laborou a maioria dos domingos e feriados sem ter as folgas compensatórias, nem receber o referido e convencionado adicional, deverá ser reformada a sentença para condenar a reclamada no pagamento dos repousos semanais trabalhados e ompensados irregularmente, a serem apurados com adicional de 120%, conforme previsão em norma coletiva.

Analiso.

A sentença, em relação ao tópico, assim decidiu:

"Relativamente ao trabalho em domingos e feriados, em razão da adoção da escala de 12X36, tem-se que o trabalho nos referidos dias está automaticamente compensado e que, portanto, que não é devido o seu pagamento como pretende a demandante."

A jornada 12 x 36 é compensatória em relação aos domingos laborados, não o sendo, contudo, no tocante aos feriados. **Deste modo, não sendo possível a suspensão do trabalho em tais dias, deve ser assegurado ao empregado a percepção de sua remuneração, em dobro, nos termos da Súmula 444 do TST:**

Súmula n° 444

JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504.280/2012.2 – DEJT divulgado em 26.11.2012.

"É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas."



PROCESSO N° TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

Sendo assim, condeno a reclamada ao pagamento da remuneração em dobro correspondente aos feriados laborados, com base nos cartões-ponto juntados aos autos, com adicional previsto nos instrumentos normativos.

Recurso parcialmente provido.

A reclamada sustenta que havia "folgas concedidas mensalmente para compensar eventuais feriados", em contrarrazões (fl. 687 do processo digital). Indica violação ao art. 9° da Lei 605/49.

Todavia, conforme exame na negativa de prestação jurisdicional, tal assertiva constituiu inovação nos embargos de declaração, porque não suscitada na contestação e o parágrafo 1° do artigo 515 do CPC dispõe que "serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro". Significa afirmar que não tinha obrigação do TRT de examinar a questão NÃO SUSCITADA PELA PRÓPRIA PARTE, tampouco na sentença. Portanto, não há como se examinar a violação ao art. 9° da Lei 605/49.

Ademais, o TRT decidiu de acordo com a Súmula 444 do TST, o que atrai o parágrafo 4° do art. 896 da CLT.

De toda, forma como a compensação de jornada foi reconhecida nula, não há que se falar nas indicadas folgas.

Não conheço.

**HORAS EXTRAS. NULIDADE DO REGIME COMPENSATÓRIO.
ATIVIDADE INSALUBRE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.**

O Tribunal Regional consignou os seguintes fundamentos:

4. HORAS EXTRAS ALÉM DA 36ª SEMANAL.

Afirma a reclamante que a jornada de 12x36 é ilegal, independentemente de previsão em acordo individual por escrito, ou mesmo nos instrumentos normativos aplicáveis, por esbarrar na vedação legal prevista no art. 59 da CLT, o qual estabelece a jornada máxima de dez horas diárias para tal fim.



PROCESSO N° TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

Sustenta que tem direito ao pagamento do adicional de extraordinariedade sobre as horas irregularmente compensadas, assim concebidas as excedentes à oitava diária até o limite de 44 horas semanais, por aplicação do entendimento consubstanciado na Súmula 85, IV, do JST e ao pagamento como horas extras das que ultrapassarem esse limite semanal.

Analiso.

A sentença considerou válido o regime compensatório adotado pela reclamada, por entender que se aplica ao caso o entendimento da Súmula 349 do TST, ainda que cancelada em maio de 2011, pois contemporânea à época do contrato de trabalho havido entre as partes.

Data venia do entendimento da Julgadora de origem, a reclamante percebia adicional de insalubridade e, relativamente à compensação de jornada em atividade insalubre, revendo posicionamento anteriormente adotado, passo a decidir no sentido de que não há como se considerar regular o regime compensatório, uma vez que a reclamante desempenhava seu trabalho em ambiente em que se faziam presentes agentes nocivos à sua saúde, devendo ser considerado nulo qualquer acordo tácito ou individual de compensação de horário neste aspecto. Deste modo, e acompanhando a evolução jurisprudencial acerca do tema, em vista do cancelamento das Súmulas 349 do TST e 7 deste TRT, tenho que **é nulo o regime de compensação horária em atividade insalubre, pactuado em acordo ou em convenção coletiva de trabalho, quando inexistir comprovação da licença prévia de que trata o art. 60 da CLT**. Isso porque tal requisito não prevalece diante do disposto no art. 7º, XIII, da CF. Assim decidi no processo 0000032-07.201.2.5.04.0015 RO Qulg: 18/04/13, partic: Des. Alexandre Corrêa da Cruz e Des. Raul Zoratto Sanvicente). Outro precedente da Turma: 0000859-11.2011.5.04.0352 RO üulg: 07/03/13, Rei. Des. Raul Zoratto Sanvicente. partic: Pesa. Tânia Maciel de Souza e Des. Alexandre Con-êa da Cruz).

Portanto, não sendo válido o regime compensatório são devidas as horas extras em relação às excedentes à oitava hora diária e 44 horas semanais, com adicional previsto nos instrumentos normativos, e reflexos em repouso semanais remunerados, FGTS com 40%, adicional de insalubridade, férias com 1/3, 13º salário e aviso prévio.

Recurso provido.



PROCESSO N° TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

A reclamada sustenta que é válida a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho (Súmula 444 do TST). Indica violação do art. 7º, XIII, da CF e contrariedade à Súmula 85, I e IV, do TST. Traz arestos.

Sem razão.

Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que, reconhecida a condição insalubre da atividade exercida pelo reclamante, mesmo que autorizada a prorrogação da jornada por meio de acordo coletivo, a sua validade sujeita-se também à fiscalização pela autoridade competente, porque afeta a norma de segurança e saúde do trabalho, garantia fundamental do trabalhador.

Nesse sentido, já decidi, examinando recurso da própria reclamada:

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. NULIDADE DO REGIME COMPENSATÓRIO. ATIVIDADE INSALUBRE. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. MATÉRIA FÁTICA. O Tribunal Regional consignou, com base no conjunto probatório dos autos, que a validade do regime compensatório, a teor do art. 60 da CLT, em se tratando de atividade insalubre, depende de licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho. Como, no caso dos autos, inexistente prova de que essa exigência tenha sido cumprida, é nulo o regime compensatório ajustado. Acrescentou que a reclamante, embora pertencendo à equipe de enfermagem e não realizando os exames de raios-X nos pacientes, ao permanecer ou circular nos ambientes durante tais procedimentos, permanecia em área de risco criado por radiações ionizantes, trabalhando, conseqüentemente, em condições perigosas. Desta forma, a conotação fática que emerge entre os fundamentos v. acórdão recorrido e razões que ditaram o recurso de revista denegado impede a revisão da matéria. Rever, pois, o entendimento adotado implicaria reexame de fatos e provas. Óbice da Súmula 126 do TST. Inviável a aferição das violações pretendidas. Não



PROCESSO Nº TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

conhecido. (RR - 167-58.2013.5.04.0023 Data de Julgamento: 19/11/2014, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/11/2014).

Outros julgados:

HORAS EXTRAS. COMPENSAÇÃO DE JORNADA. ATIVIDADE INSALUBRE. 2.1. 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. 2.2. Trata-se de norma de caráter tutelar, que constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, cuja observância é obrigatória. 2.3. 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. (Ag-RR - 830-29.2012.5.04.0027 Data de Julgamento: 03/12/2014, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/12/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS. ATIVIDADE INSALUBRE. ART. 60 DA CLT. AUSÊNCIA DE LICENÇA PRÉVIA. DEFERIMENTO DO ADICIONAL PELAS HORAS IRREGULARMENTE COMPENSADAS. Prevalece nesta Corte o entendimento de que, ainda que previsto em instrumento coletivo de trabalho, o regime compensatório de horários em atividade insalubre está condicionado à licença prévia da autoridade administrativa exigida pelo art. 60 da CLT. Nesse contexto, havendo negociação coletiva de compensação de horários, mas ausente licença prévia do órgão competente, devido o pagamento do adicional de horas extras sobre as horas irregularmente compensadas, na forma do item III da Súmula nº 85 do TST. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 39-44.2013.5.04.0021 Data de Julgamento: 15/10/2014,



PROCESSO Nº TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

Relator Ministro: Arnaldo Boson Paes, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/10/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. REGIME DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA INVALIDADO. ATIVIDADE INSALUBRE. AUSÊNCIA DE LICENÇA PRÉVIA DA AUTORIDADE COMPETENTE EM SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHADO. REEXAME DE FATOS E PROVAS (SÚMULA 126 DO C. TST). VIOLAÇÃO AO ARTIGO 7º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE ÀS SÚMULAS 85 E 444, DO C.TST. ÓBICE NO ARTIGO 896, § 7º, DA CLT E NA SÚMULA 333 DO C. TST. Tendo o E. Regional assentado a invalidade do acordo de compensação em razão da ausência de licença prévia da autoridade competente em saúde e segurança do trabalho, à luz do artigo 60 da CLT, bem como a falta de comprovação da excepcionalidade para a adoção do regime compensatório, não se vislumbra qualquer malferimento ao artigo 7º, XIII, da Constituição Federal, tampouco contrariedade aos termos das Súmulas 85 e 444, do C.TST, sendo certo que somente com o reexame dos fatos e provas é que seria possível, em tese, concluir de modo diverso, o que é vedado nesta Instância Extraordinária, nos moldes da Súmula 126 deste C. Tribunal Superior do Trabalho. Precedentes. Trânsito do recurso de revista que encontra óbice no artigo 896, § 7º, da CLT e na Súmula 333 do C. TST. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. (AIRR - 598-26.2012.5.04.0024 Data de Julgamento: 08/10/2014, Relatora Ministra: Jane Granzoto Torres da Silva, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/10/2014).

Julgado da SbDI-1 do TST:

HORAS EXTRAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. TRABALHADORES EM MINA DE SUBSOLO. NORMA COLETIVA. LICENÇA DA AUTORIDADE COMPETENTE. Embora autorizada pelo art. 295 da CLT, a prorrogação da jornada de trabalho dos trabalhadores em minas de subsolo a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais subordina-se aos dois requisitos nele previstos: acordo escrito ou contrato



PROCESSO N° TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

coletivo de trabalho e prévia licença da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho. **Tendo em vista as condições marcadamente insalubres que diferenciam o trabalho da categoria profissional dos mineiros de subsolo, mesmo que autorizada a prorrogação da jornada por meio de acordo coletivo, a sua validade sujeita-se também à fiscalização pela autoridade competente, porque afeta a norma de segurança e saúde do trabalho, garantia fundamental do trabalhador nos termos do art. 7º, XXII, da Constituição da República. Precedentes.** Recurso parcialmente conhecido e desprovido. (E-RR - 1882-22.2010.5.12.0055 Data de Julgamento: 04/09/2014, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 12/09/2014).

Incide a Súmula 333 do TST.

Ademais, no tocante ao pagamento apenas do adicional de horas extras, as Súmulas indicadas não tratam de trabalho insalubre, o que atrai a inespecificidade de que trata a Súmula 296 do TST.

Não conheço.

ADICIONAL NOTURNO - PRORROGAÇÃO DA JORNADA NOTURNA.

O Tribunal Regional consignou os seguintes fundamentos:

“Análise.

No caso dos autos, é fato incontroverso (e restou demonstrado pela documentação colacionada aos autos) que a reclamante laborava em jornadas de trabalho de 12 horas consecutivas, no horário das 19h às 07h do dia seguinte, abrangendo o período das 22h às 05h, legalmente definido como noturno.

O trabalho desenvolvido no período legalmente considerado noturno, das 22h às 05h da manhã, na forma do disposto no § 2º do art. 73 da CLT, tem a hora reduzida para 52 minutos e 30 segundos (§ 1º do art. 73 da CLT), dada a penosidade que representa para o trabalhador e é remunerado com o



PROCESSO N° TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

adicional noturno (art.º 73, caput, da CLT). Diante disso, entendo que a prorrogação da jornada de trabalho noturno para além das 5h da manhã é tão penosa ou mais ainda, considerando a hora integral de 60 minutos, sem o pagamento do adicional noturno.

Assim, tendo a jornada do reclamante abrangido o horário noturno e se estendido após as 05h, - é devido o adicional pertinente às horas prorrogadas, independentemente de parte da jornada ter transcorrido em horário diurno. O que importa para o deslinde da controvérsia é haver trabalho em horário legalmente considerado noturno, trabalho esse prorrogado após as 5h, ainda que inserido dentro da jornada normal contratual. Incide, na espécie, o disposto no art. 73, § 5º, da CLT, bem como o item II da Súmula nr 60 do TST:

"Cumprida integralmente a jornada no período noturno e prorrogada esta, devido é também o adicional quanto às horas prorrogadas. Exegese do art. 73, parágrafo 5º, da CLT".

(...)

Dou. pois, provimento ao recurso da reclamante para condenar a reclamada ao pagamento do adicional noturno, observada a hora reduzida noturna, daquelas excedentes às 5h da manhã, com reflexos em FGTS com 40%, férias com 1/3, 13ºs salários, aviso prévio e repousos semanais remunerados.

A reclamada sustenta que a determinação quanto à observância da hora reduzida noturna nas diferenças do adicional noturno prorrogado, carece de amparo legal. Indica contrariedade à Súmula 60 do TST e violação dos artigos 73, § 1º, da CLT, 5º, II, e 7º, IX da Constituição Federal.

O TRT decidiu de acordo com a Súmula 60, II, do TST, o que atrai o parágrafo 4º do art. 896 da CLT.

Não demonstradas as violações indicadas.

Não conheço.

BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.



PROCESSO N° TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

O Tribunal Regional reformou a sentença e condenou a reclamada ao pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, considerando a base de cálculo o salário básico da reclamante. Consignou os seguintes fundamentos:

No que se refere à base de cálculo do adicional de insalubridade, entendo que a parcela deve ser calculada sobre o salário-base ante a previsão constitucional de vedação da vinculação do salário mínimo para qualquer fim (artigo 7º, IV, da CF e súmula vinculante n. 4 do E. STF). Aplica-se, por analogia, a mesma regra existente para o adicional de periculosidade (art. 193 da CLT).

Recurso da reclamante provido para condenar a reclamada ao pagamento de diferenças de adicional de insalubridade de grau médio para o grau máximo, calculado sobre o salário básico da autora.

A reclamada, em suas razões de revista, aduz que a base de cálculo do adicional de insalubridade continua sendo o salário mínimo. Aponta violação aos artigos 192 da CLT, 5º, II, XXXVI e LIV, da Constituição da República, bem como contrariedade à Súmula n° 228 do TST e à Súmula Vinculante n° 04 do STF. Colaciona aresto.

Quanto à base de cálculo da vantagem Por longo período, prevaleceu no âmbito desta Corte o entendimento de a adoção do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade não resultar em fator de indexação econômico, revelando-se apenas como mais um parâmetro de cálculo, evitando-se a adoção de critérios vários e aleatórios.

Essa orientação jurisprudencial perdurou até o momento em que sobreveio a edição da Súmula Vinculante n° 4, mediante a qual a excelsa Corte expressamente coibiu a utilização do salário mínimo como base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, ressalvando a impossibilidade de ser substituído tal parâmetro por decisão judicial.

Com vistas a adequar o texto da Súmula n° 228 ao comando da Súmula Vinculante n° 4 do STF, o Pleno desta Corte, na sessão realizada



PROCESSO N° TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

em 26/06/08, reformulou sua redação, estabelecendo que, a partir de 09/05/08, data da publicação da Súmula Vinculante n° 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade seria calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

Proposta Reclamação Constitucional pela Confederação Nacional da Indústria em desfavor do Tribunal Superior do Trabalho, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, concedeu medida liminar em 05/08/2008, com o fim de suspender a aplicação da Súmula n° 228 do TST, com a nova redação conferida pela Resolução do Tribunal Pleno n° 148/2008.

Como fundamento para assim decidir, Sua Excelência esclareceu, que, diante da ressalva expressa na parte final da Súmula Vinculante n° 4, mesmo afastado o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, outro parâmetro não poderia ser fixado mediante decisão judicial, mas apenas por meio de lei ou se eleita base diversa em norma coletiva.

Nesse caso, na ausência de instrumento coletivo ou de lei expressamente fixando base de cálculo diversa, subsiste o salário mínimo como parâmetro de cálculo do adicional de insalubridade.

Dessa forma, a base de cálculo do adicional de insalubridade, enquanto não editada norma específica, deve ser o salário mínimo, mantendo o entendimento consagrado na parte inicial da antiga redação da Súmula 228 do TST, uma vez que não cabe ao Poder Judiciário fixar base de cálculo diversa da prevista em lei.

Verifica-se, ainda, que a Súmula 17 do TST, que consagrava a adoção do salário profissional ou piso salarial como base de cálculo do adicional de insalubridade, foi cancelada pela Res. 148/2008 por contrariar a Súmula Vinculante n° 4 do STF. E o próprio STF, em recente decisão (Reclamação n° 7579/DF-MC, DJ e de 18/2/2009), também reconheceu que a adoção do salário profissional como base de cálculo do adicional contraria a aludida Súmula Vinculante.

Outro, aliás, não é o entendimento que, paulatinamente, vem sendo construído no âmbito de Turmas e da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte, conforme exemplificam os seguintes precedentes:



PROCESSO Nº TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

“RECURSO DE EMBARGOS DA RECLAMADA - ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 11496/2007. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO EXCELSO STF - SUSPENSÃO LIMINAR DA SÚMULA Nº 228 DO TST. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM DECLARAÇÃO DE NULIDADE. Conclui-se da detalhada descrição do julgamento do caso líder pelo Plenário do excelso STF (conforme notícias divulgadas no Informativo - STF-510) que, não obstante tenha sido mantida a conclusão de que o artigo 7º, IV, da Constituição Federal de 1988 veda a utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, deve ser mantida aquela base de quantificação, seja em nome da inexistência de pronunciamento erga omnes no caso líder, seja pela vedação da atuação do excelso STF como legislador positivo, ou ainda pela impossibilidade de reformatio in pejus de decisões em favor dos autores das centenas de milhares de ações trabalhistas que ingressaram em juízo para ver aumentada, e não reduzida ou congelada, a base de cálculo do referido adicional. Assim, nos termos de r. despacho do e. Presidente do excelso Pretório -o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva- (R-6266-DF). Precedentes deste c. Tribunal. Recurso de embargos da Reclamante não conhecido mais uma vez quanto ao tema -base de cálculo do adicional de insalubridade-. Recurso de embargos conhecido e provido” (E-RR-532/2003-048-15-00.6, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 06/03/2009);

“EMBARGOS - ACÓRDÃO PUBLICADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO MÍNIMO

1. O E. Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante nº 4, publicada em 9/5/2008, entendeu que, por um lado, a Constituição vedou o uso do salário mínimo como base de cálculo e, por outro, não elegeu o salário ou a remuneração do trabalhador para esta função.

2. Conforme se extrai da transcrição dos debates ocorridos na sessão de julgamento do precedente que levou o E. STF a editar a aludida súmula vinculante, tem-se que esta deixa a resolução sob responsabilidade do Legislativo ou das partes coletivas, preservando, até a edição de norma específica ou convenção coletiva de trabalho, a base de cálculo historicamente utilizada.

3. Assim, o adicional de insalubridade, enquanto perdurar o vácuo legislativo em questão, deve ser pago nos moldes em que historicamente o foi, conforme entendimento consagrado na Súmula nº 228 do TST, em sua antiga redação.



PROCESSO Nº TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

Embargos não conhecidos.” (E-RR-1255/2002-079-15-00.6, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 06/03/2009);

“EMBARGOS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EM GRAU MÁXIMO. CONTATO COM PACIENTES PORTADORES DE DOENÇA INFECTO-CONTAGIOSA EM ISOLAMENTO (CTI). DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. Não merece reforma decisão da C. Turma que mantém o julgado regional que reconheceu o direito do empregado ao recebimento de adicional de insalubridade em grau máximo, em face da prova que constatou o contato com pacientes portadores de doença infecto-contagiosa em isolamento. O entendimento não comporta divergência jurisprudencial, porque nenhum dos arestos examina o tema sob a mesma premissa fática. Embargos não conhecidos.

EMBARGOS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SUSPENSÃO DA SÚMULA 228 DO C. TST POR DECISÃO DO E. STF. DECISÃO DA C. TURMA QUE APLICA A REDAÇÃO ATUAL DA SÚMULA. APLICAÇÃO INDEVIDA. CONTRARIEDADE À SÚMULA VINCULANTE 4 DO E. STF. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. MANUTENÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO BASE DE CÁLCULO, ATÉ EDIÇÃO DE LEI POSTERIOR SOBRE O TEMA. A decisão do E. STF que elaborou a Súmula Vinculante 4, conforme bem definido em decisão mais recente daquela Corte Maior, não permite a imposição de outra base de cálculo para o adicional de insalubridade, ainda que considerada inconstitucional a vinculação do pagamento ao salário mínimo. O E. STF entendeu que o art. 7º, IV, da CF, revoga a norma que adota o salário mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade, mas não permite a atuação do judiciário em substituição para determinar a base de cálculo, e não admite, também, a adoção de outro referencial, não previsto em lei. Assim, enquanto não houver lei prevendo a base de cálculo do adicional, o salário mínimo é o parâmetro a ser adotado, não sendo possível que o cálculo se faça sobre salário normativo ou salário profissional, por ausência de previsão legal. Tal entendimento possibilita a observância ao princípio da segurança jurídica que norteia o Estado de Direito e o devido processo legal. Embargos conhecidos e providos.

HONORÁRIOS PERICIAIS - SUCUMBÊNCIA E HONORÁRIOS DE ADVOGADO. Não cumprido o requisito do art. 894, II, da CLT, nos tópicos. Embargos não conhecidos.” (E-RR-1794/2004-001-17-00.4, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 20/02/2009); e

“RECURSO DE EMBARGOS DA RECLAMANTE - BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - SÚMULA



PROCESSO N° TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

VINCULANTE N° 4 DO EXCELSE STF - SUSPENSÃO LIMINAR DA SÚMULA N° 228 DO TST. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM DECLARAÇÃO DE NULIDADE. Conclui-se da detalhada descrição do julgamento do caso líder pelo Plenário do excelso STF (conforme notícias divulgadas no Informativo - STF-510) que, não obstante tenha sido mantida a conclusão de que o artigo 7º, IV, da Constituição Federal de 1988 veda a utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, deve ser mantida aquela base de quantificação seja em nome da inexistência de pronunciamento erga omnes no caso líder, seja pela vedação da atuação do excelso STF como legislador positivo, ou ainda pela impossibilidade de reformatio in pejus de decisões em favor dos autores das centenas de milhares de ações trabalhistas que ingressaram em juízo para ver aumentada, e não reduzida ou congelada, a base de cálculo do referido adicional. Assim, nos termos de r. despacho do e. Presidente do excelso Pretório - o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva- (R-6266-DF). Precedentes deste c. Tribunal. Recurso de embargos da Reclamante não conhecido mais uma vez quanto ao tema-base de cálculo do adicional de insalubridade“ (E-ED-RR-464572/1998.0, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 20/02/2009).

Somam-se a esses: AIRR-1487/2004-051-02-40.6, 7ª Turma, Rel. Min. Guilherme Caputo Bastos, DJ 17/12/2008; AIRR-68156/2002-900-09-00.2, 7ª Turma, Rel. Min. Pedro Paulo Manus, DJ 19/12/2008; RR-976/2005-019-09-00.0, 8ª Turma, DJ 13/02/2009; e RR-6/2002-017-09-00.0, 7ª Turma, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 13/02/2009.

Portanto, tem-se que o adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário mínimo.

Assim, **conheço** do recurso de revista por afronta ao artigo 192 da CLT.

II - MÉRITO

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.

Conhecido o recurso de revista por violação do artigo 192 da CLT, a consequência lógica é o seu **provimento** para reformar a



PROCESSO N° TST-RR-638-23.2012.5.04.0019

decisão do Tribunal Regional e 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 "adicional de insalubridade - base de cálculo", por violação do artigo 192 da CLT, e, no mérito, **dar-lhe provimento** para reformar a decisão do Tribunal Regional e fixar o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Brasília, 13 de maio de 2015.

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

EMMANOEL PEREIRA
Ministro Relator