



ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

Fl. 1

DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ DE MOURA CASSAL
Órgão Julgador: 8ª Turma

Recorrente: HERMES SOUZA DA SILVA - Adv. Amilton Paulo Bonaldo
Recorrente: VULCABRAS|AZALEIA-RS, CALÇADOS E ARTIGOS ESPORTIVOS S.A. E OUTRO(S) - Adv. Cláudio Otávio Melchiades Xavier
Recorrido: OS MESMOS
Origem: 3ª Vara do Trabalho de Taquara
Prolator da Sentença: JUIZ LUIS FETTERMANN BOSAK

E M E N T A

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. Enquanto o legislador não definir a nova base de cálculo do adicional de insalubridade, este deve incidir sobre o salário-mínimo, salvo em casos de previsão em sede de decisão normativa (acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho) em que haja estipulação de piso salarial, salário-mínimo profissional ou salário normativo, sem ressalva de não substituição ou de não aplicação

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 04ª Região: por maioria, parcialmente vencido o Relator, **DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DO**



ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

Fl. 2

RECLAMANTE para determinar que: **a)** as horas extras deferidas sejam adimplidas com o pagamento do valor da hora normal + adicional incidente, mantidos os demais critérios e reflexos estabelecidos na origem; e **b)** seja observado o critério de contagem minuto a minuto, nos termos do § 1º do art. 58 da CLT. Por unanimidade, **DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA RECLAMADA** para: **a)** reconhecer o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade; **b)** excluir os reflexos do adicional de insalubridade em repousos; **c)** reduzir para R\$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais) o valor dos honorários periciais. Inalterado o valor da condenação.

Intime-se.

Porto Alegre, 26 de março de 2015 (quinta-feira).

RELATÓRIO

O reclamante e a reclamada interpõem recursos ordinários às fls. 532-538 e 540-547, respectivamente, inconformados com a sentença das fls. 526-528, mediante a qual foram parcialmente acolhidos os pedidos deduzidos na inicial.

Pretende acrescer à condenação o pagamento de diferenças de horas extras, das férias irregularmente fracionadas, dos descontos efetuados a título de associação, bem como afastar os descontos de imposto de renda.

A reclamada volta-se contra a condenação ao pagamento de adicional de insalubridade, sua base de cálculo, reflexos e honorários periciais e de diferenças de horas extras.

Oferecidas as contrarrazões às fls. 553-556 e 557-561, os autos são



ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

Fl. 3

encaminhados a este Tribunal.

É o relatório.

V O T O

DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ DE MOURA CASSAL
(RELATOR):

I. RECURSO DAS PARTES. MATÉRIA COMUM.

1. DIFERENÇAS DE HORAS EXTRAS. NULIDADE DOS REGIMES DE COMPENSAÇÃO SEMANAL E DE BANCO DE HORAS.

A reclamada foi condenada ao pagamento de horas extras, assim consideradas as excedentes a 8ª diária e/ou 44ª semanal, sendo que as horas destinadas às compensações de horário, devem ser contraprestadas apenas com o adicional legal, consoante disposto no Enunciado 85/SJ/TST, com reflexos nas férias com 1/3, aviso prévio, 13º salários e repouso semanais remunerados, feriados, deduzidos os valores pagos sob idêntica rubrica, por entender o Magistrado a nulidade dos regimes compensatórios. Contra a decisão voltam-se as partes.

Defende o reclamante que as horas de trabalho que foram irregularmente computadas no banco de horas representaram legítimo trabalho extraordinário não contraprestado, e que ao contrário do que ocorre com o regime compensatório semanal, não houve o pagamento de qualquer valor pelo serviço extraordinário prestado e lançado no banco de horas para futura compensação. Assim, entende que o pagamento do adicional extraordinário deve se restringir aos casos de regime compensatório



ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

Fl. 4

semanal.

A insurgência do autor também se dá em razão do entendimento de validade das normas coletivas acerca do desprezo de 10 a 15 minutos por batida de ponto. Alega desrespeito ao art. 58 § 1º da CLT, norma cogente e inafastável por meio de norma coletiva. Menciona o princípio da proteção e norma mais benéfica, bem como violação à hierarquia das normas. Refere ao teor da Súmula 366 do TST e requer a reforma da decisão.

A reclamada advoga a validade do regime de compensação semanal e de banco de horas utilizado pela empresa, porquanto alicerçado no art. 7, inciso XIII, da CF, bem como nas normas coletivas. Afirma que não ocorreu prestação de horas extras habituais pelo recorrido, mas sim de forma eventual, incapaz de invalidar o regime compensatório. Outrossim, acrescenta que não existe disposição legal que obste a adoção concomitante dos regimes de compensação semanal e de banco de horas, porquanto possuem objetos diversos com aplicação de situações fáticas diferentes.

Passo ao exame da matéria, por partes:

a) Regime de compensação semanal e de banco de horas. Validade.

De início, cumpre referir ser incontroversa a validade dos cartões-ponto acostados às fls. 231-292, não havendo discussão a respeito de sua idoneidade como meio de prova da jornada de trabalho do autor.

Outrossim, conquanto os acordos coletivos de trabalho contemplem previsão específica acerca da adoção de regime de compensação semanal e de banco de horas, como se vê, por exemplo, respectivamente, nas cláusulas 14ª e 15ª (fl. 333-334), não considero válido tal ajuste.



ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

Fl. 5

Isto porque não consta dos autos prova de que a reclamada tenha cumprido os requisitos ali estabelecidos para a validade de tal regime, em especial no que tange à entrega ao trabalhador de demonstrativo acerca da situação do banco de horas (previsões contidas no acordo coletivo de trabalho para adoção do banco de horas - fls. 407). Não há como se entender suprido o requisito relativo à ciência do empregado acerca da sua situação no banco de horas a cópia dos registros de horário na medida em que nesses registros há apenas a relação das horas trabalhadas, mas não das horas compensadas pelo banco de horas, informando os créditos/débitos do trabalhador.

Configurada, pois, a invalidade do sistema de banco de horas, uma vez que não foram observados os requisitos previstos na norma coletiva para a implementação desse sistema

É inválido, também, o regime de compensação semanal, porquanto o autor, frequentemente, prestava trabalho em seis dias da semana, como se verifica, a título exemplificativo, na frequência juntada à fl. 263, relativa ao mês de junho e julho de 2010, em que o autor laborou em quatro sábados, descumprindo a finalidade do regime compensatório semanal.

Não bastasse, conforme já expressei em acórdão de minha lavra (processo 0000426-51.2010.5.04.0381, julgado em 27.09.2012), não há como reputar o regime de compensação válido, pois, a despeito de as normas coletivas autorizarem a sua adoção, o reclamante trabalhou em condições insalubres durante todo o contrato de trabalho, não havendo prova do cumprimento do disposto no art. 60 da CLT relativamente à autorização da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho.

Quanto a este aspecto, com o cancelamento da Súmula 349 do TST,



ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

Fl. 6

retomei entendimento anterior no sentido de que, para a adoção do regime compensatório em atividade insalubre, não basta a previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, sendo indispensável a autorização da autoridade competente, conforme a regra insculpida no art. 60 da CLT (que entendo recepcionada pela Constituição Federal de 1988), e que reza:

"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 e Previdência Social, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim".

Dessa forma, entendo aplicável, no caso, o disposto no item IV da Súmula 85 do TST, *in verbis*:

"A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário."

Assim, a prestação de horas extras habituais, inclusive aos sábados, bem



ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

Fl. 7

como a inexistência de instituição do banco de horas por norma coletiva torna irregulares os regimes de compensação de horário, assegurando ao trabalhador direito ao pagamento do adicional de horas extras sobre as horas extras irregularmente compensadas que excedem da oitava até a quadragésima quarta semanal e horas extras (hora normal + adicional) para excedentes da quadragésima quarta semanal.

Nada a prover.

b) Contagem minuto a minuto.

Diversamente do entendimento do Magistrado de primeiro grau, reputo não aplicáveis as normas coletivas trazidas aos autos, quanto ao critério de contagem das horas extras (tolerância de 10 minutos na marcação do ponto antes e após a jornada de trabalho - v.g., a cláusula 17ª da norma coletiva 2008, fls. 333/334), porquanto em afronta a texto literal de lei, no caso o critério disposto no § 1º do art. 58 da CLT ("*Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários*"). Isso porque, ainda que presente o princípio da autonomia das vontades coletivas, não é lícito à norma coletiva se sobrepor a texto expresso de lei, sob pena de afronta à hierarquia das fontes formais do direito e também ao princípio da aplicação da norma mais benéfica ao trabalhador.

No presente caso, tendo incontroversamente havido marcação de ponto com tolerância superior a 05 minutos, as horas extras deverão ser contadas minuto a minuto.

A norma em questão não está abrangida nas exceções taxativamente



ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

Fl. 8

previstas na Constituição da República, de prevalência da autonomia coletiva, prevista no art. 7º, XXVI, da CF, sobre a lei (compensação de jornada, duração da jornada para o trabalho prestado em turnos ininterruptos de revezamento e irredutibilidade salarial, CF, art. 7º, VI, XIII e XIV), sendo, portanto, de atendimento imperativo, inegociável.

Em razão do exposto, o pagamento de diferenças de horas extras supra referido deve observar o critério de contagem minuto a minuto, nos termos do § 1º do art. 58 da CLT.

Dou provimento ao recurso do autor.

II. RECURSO DO RECLAMANTE. MATÉRIAS REMANESCENTES.

1. FÉRIAS FRACIONADAS.

O pedido de nulidade das férias, com o pagamento na forma simples dobrada, restou indeferido pelo Juízo. O autor recorre afirmando ter ocorrido fracionamento das férias sem motivo excepcional, em violação ao disposto no parágrafo 1º do art. 134 da CLT. Menciona jurisprudência do TST para comprovar a necessidade de ser demonstrada situação excepcional para o fracionamento das férias. Alega que a ausência de prova de situação excepcional enseja a aplicação do art. 137 da CLT, pelo entendimento de ter sido ultrapassado o prazo concessivo. Sustenta a invalidade das normas coletivas, quanto à autorização para fracionamento das férias, por retirar direitos do trabalhador.

A decisão não comporta reforma.

O fracionamento das férias, por si só, não é vedado pela lei, desde que observado o limite mínimo de 10 dias para cada fração. Nesse contexto, comungo do entendimento do MM. Juiz de origem. Não há vedação legal ao



ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

Fl. 9

fracionamento de férias, desde que respeitado o limite mínimo de 10 dias a cada fração, tal como incontroversamente ocorreu na hipótese dos autos.

Nego provimento

2. DESCONTOS EFETUADOS A TÍTULO DE ASSOCIAÇÃO.

O MM rejeitou a pretensão de devolução de descontos, sob o fundamento de que demonstrada a autorização do autor para tal fim, com o que não concorda o reclamante. Afirma que a autorização alusiva aos descontos salariais restou firmada pelo autor quando da sua admissão, o que já comprova a compulsoriedade do desconto. Outrossim, alega não constar dos autos prova de que tenha o reclamante auferido qualquer vantagem decorrente dessa associação.

O documento da fl. 99 noticia que o reclamante expressamente autorizou a realização de descontos para o pagamento de mensalidade da Associação Azaléia. Mesmo que dita autorização tenha sido inserida no contrato de trabalho, tal circunstância, por si só, não gera presunção de ilicitude.

Nesse sentido é o entendimento retratado na Orientação Jurisprudencial 160 da SDI1 do TST, o qual também adoto, in verbis:

"DESCONTOS SALARIAIS. AUTORIZAÇÃO NO ATO DA ADMISSÃO. VALIDADE. É inválida a presunção de vício de consentimento resultante do fato de ter o empregado anuído expressamente com os descontos salariais na oportunidade da admissão. É de se exigir demonstração concreta do vício de vontade".

Assim, entendo regulares os descontos efetuados a título de Associação



ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

Fl. 10

Atlética Azaléia.

Nego provimento.

3. DESCONTOS DO IMPOSTO DE RENDA.

Volta-se o autor contra a decisão que autorizou o desconto do imposto de renda sobre os seus créditos trabalhistas. Afirma ser ele injusto, porquanto se o valor do tributo em questão não seria devido se a empregadora tivesse adimplido, no curso da relação contratual, as verbas devidas. Cita jurisprudências.

As contribuições fiscais decorrem de expressa disposição legal (Lei 8.541/92), sendo matéria de ordem pública e de aplicação obrigatória. Tais contribuições devem ser recolhidas pelo empregador e descontadas dos haveres do empregado a parte de responsabilidade deste, já que os valores são sempre devidos pelo empregado à Receita Federal.

Adoto o entendimento vertido na Orientação Jurisprudencial 363 da SDI-1 do TST, in verbis:

"DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. CONDENAÇÃO DO EMPREGADOR EM RAZÃO DO INADIMPLENTO DE VERBAS REMUNERATÓRIAS. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADO PELO PAGAMENTO. ABRANGÊNCIA (DJ 20, 21 e 23.05.2008). A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições social e fiscal, resultante de condenação judicial referente a verbas remuneratórias, é do empregador e incide sobre o total da condenação. Contudo, a culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias não exime a



ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

Fl. 11

responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte."

Portanto, correta a decisão de origem no sentido de autorizar os descontos do imposto de renda que se faça incidente sobre a condenação, na forma da lei.

Nego provimento.

III. RECURSO DA RECLAMADA. MATÉRIAS REMANESCENTES.

1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. REFLEXOS. HONORÁRIOS PERICIAIS.

O MM Magistrado deferiu ao reclamante o pagamento de adicional de insalubridade, em grau médio e máximo, durante todo o pedido contratual, com reflexos, com o que não concorda a reclamada. Defende que o recorrido não teve contato com thiner, pois o manuseio com o referido produto se dá com a utilização de EPIs, cremes, luvas e máscaras, que elidem a situação insalubre. Acrescenta que os principais hidrocarbonetos aromáticos utilizados como solventes são o tolueno e o xileno, que possuem limites de tolerância estabelecidos no anexo 11, razão pela qual deve ser realizada uma análise quantitativa. Quanto ao enquadramento da insalubridade em grau máximo, igualmente defende o correto uso de equipamentos de proteção que elidem os agentes insalubres e acrescenta que o reclamante poucas vezes realizou a função em que estaria em contato com óleos minerais, com o que a exposição era totalmente eventual. Pondera que, ao contrário do alegado pelo perito, as fichas de entrega de EPIs dão conta de entrega de luvas nitrílicas, as quais o perito



ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

Fl. 12

entende hábeis a elidir a insalubridade.

Outrossim, defende que a base de cálculo a ser adotada é o salário mínimo, sob a égide da Súmula Vinculante nº4 do STF, e não o salário base do recorrido. Acrescenta que a Cláusula 2 da Convenções Coletivas veda a adoção do salário base para fins de cálculo do adicional de insalubridade.

Quanto aos reflexos em repouso semanais, pugna pela aplicação da OJ 103 do TST. Por fim, requer a reversão da condenação ao pagamento dos honorários periciais, ou redução do *quantum* arbitrado

Ao exame.

O laudo pericial técnico, acostado às fls. 466/473, elaborado por profissional nomeado pelo Juízo, mediante análise *in loco* e com base nas informações prestadas pelo autor e pela assistente técnica da reclamada, é conclusivo nos seguintes termos:

Após análise das atividades desenvolvidas pelo reclamante, com base nos dispositivos da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE e Legislação Complementar, concluímos conforme segue:

Por executar tarefas nas quais mantinha contato com lubrificantes de origem mineral, o reclamante laborou em condições insalubres de grau máximo durante todo o período contratual em questão, de acordo com a NR-15, Anexo 13 - HIDROCARBONETOS E OUTROS COMPOSTOS DE CARBONO - MANIPULAÇÃO DE ALCATRÃO, BREU, BETUME, ANTRACENO, ÓLEOS MINERAIS, ÓLEO QUEIMADO, PARAFINA OU OUTRAS SUBSTÂNCIAS



ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

Fl. 13

CANCERÍGENAS AFINS.

Por exercer atividades nas quais empregava produtos contendo hidrocarbonetos aromáticos, o reclamante laborou em condições de insalubridade de grau médio durante todo o período contratual em questão, nos termos da NR-15, Anexo 13 - HIDROCARBONETOS E OUTROS COMPOSTOS DE CARBONO - EMPREGO DE PRODUTOS CONTENDO HIDROCARBONETOS AROMÁTICOS COMO SOLVENTES OU EM LIMPEZA DE PEÇAS." (fl. 472 verso)

Segundo exposto no laudo pericial, de acordo com as fichas comprobatórias apresentadas, a reclamada forneceu, a título de equipamento de proteção individual, *trinta (30) bisnagas (200 gramas) de creme de proteção (CA 9611; CA 4234; CA 5361; CA 11070), três (3) pares de luvas de segurança Nitrilon confeccionada em borracha látex forrada com malha de algodão (CA 3814), cinquenta e dois (52) pares de luvas de segurança com palma, dorso e dedos confeccionados em vaqueta de couro (CA 3983; CA 7007; CA 16281; CA 21030), cinco (5) pares de luvas em borracha látex (CA 10661; CA 16311), um (1) par de luvas em poliamida revestidas em PU marca Promat (CA 11004), três (3) pares de luvas em borracha nitrílica (CA 9633; CA 17968), quarenta e sete (47) pares de luvas de segurança Mucambo Titanlite 396 confeccionada em suporte têxtil de algodão com revestimento externo em borracha nitrílica na palma, dorso e face palmar dos dedos e punho de lona (CA 10164), treze (13) óculos de segurança (CA 11268; CA 26127 ; CA 10164; CA 19632; CA 19625), três (3) respiradores tipo semi-facial filtrante para partículas descartável 3M (CA 445) e três (3) respiradores tipo semi-facial*



ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

Fl. 14

filtrante para partículas e para baixas concentrações de vapores orgânicos descartável (CA 9813; CA 11185)." (fl. 470 e verso)

Contudo, após análise dos EPIs fornecidos e do período contratual, concluiu o experto que luvas nitrílicas, embora adequadas para proteção por contato com solventes orgânicos e lubrificantes minerais, não foram fornecidas regularmente durante todo o período contratual, não podendo configurar uma condição de insalubridade descaracterizada. Acrescentou, ainda, perito-engenheiro que fichas de controle de entrega de EPIs, recebeu o reclamante 30 bisnagas (200 gramas) de creme de proteção durante todo período contratual, ou seja, durante 41 meses. Considerando as quantidades mínimas de aplicação recomendadas pelo fabricante (2 gramas por aplicação) e o número mínimo de aplicações por dia (4 vezes, pelo menos), concluiu que um pote de 200 gramas do produto dura 25 dias. Assim, teria utilizado o creme durante o período máximo de 34 meses, embora a necessidade teria sido de 41 meses. Neste contexto, concluiu o perito que o fornecimento de creme também foi em quantidade insuficiente a elidir a insalubridade. Por fim, quanto ao contato com solventes, ponderou o perito não ter a reclamada comprovado o fornecimento regular do conjunto de EPIs cujo emprego pudesse elidir as formas de ação dos solventes aromáticos, ou seja via cutânea e via respiratória (item 5.4.3 do laudo pericial, - fls. 469-470).

A reclamada, às fls. 507509, opõe impugnação ao laudo pericial, não apresentando, todavia, elementos suficientemente hábeis a afastar as conclusões obtidas pelo expert, mediante análise direta do local de trabalho do autor.

Veja-se que, apesar das razões recursais da reclamada, é evidente que o



ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

Fl. 15

autor, em suas atividades, ficava exposto a agentes insalubres decorrentes do uso de lubrificantes de origem mineral, e pelo emprego de produtos contendo hidrocarbonetos aromáticos, durante toda a contratualidade, que não eram elididos pelos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empregadora, restando configurado o suporte fático ensejador do direito ao adicional respectivo.

Quanto à base de cálculo do adicional, a despeito de na Súmula Vinculante 04 do STF ter sido reconhecida a inconstitucionalidade da utilização do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade ("*Salvo os casos previstos na Constituição Federal, 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*"), houve vedação quanto à substituição desse parâmetro por meio de decisão judicial, razão pela qual adoto como razões de decidir o acórdão proferido nos autos do processo RR - 1118/2004-005-17-00, publicado no DJU em 23.05.2008, pela C. 7ª Turma do E. TST, da lavra do Exmo. Ministro Ives Gandra Martins Filho, assim ementado:

"ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO MÍNIMO (CLT, ART. 192) DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE SÚMULA 17 DO TST E SÚMULA VINCULANTE 4 DO STF.

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



ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

Fl. 16

do salário mínimo, mas vedando a substituição desse parâmetro por decisão judicial. Rejeitou-se, 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, 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. 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, salvo a hipótese da Súmula 17 do TST, que prevê o piso salarial da categoria, para aquelas categorias que o possuam (já que o piso



ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

Fl. 17

salarial é o salário mínimo da categoria)."

Assim, e na esteira do citado julgamento, tenho que a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário-mínimo, salvo na hipótese de existência de salário normativo. É de se ressaltar que não se trata de aplicação da Súmula 228 do TST, em sua nova redação, na medida em que, esta sim, suspensa por decisão liminar do STF, proferida pelo Exmo. Ministro Gilmar Mendes.

No caso, a despeito de haver previsão de salário normativo para a categoria profissional do recorrente (v.g., cláusula 2ª da Convenção Coletiva de Trabalho de 2009 - fl. 329), essa mesma cláusula veda, expressamente, seu uso como base de cálculo do adicional de insalubridade, assim estabelecendo: "*O salário normativo acima convencionado não será considerado para nenhum efeito nem mesmo para fins de base de cálculo de adicional de insalubridade como salário profissional ou substitutivo do salário mínimo legal*", o que, atendido o princípio da autonomia da vontade coletiva, faz devido o adicional de insalubridade sobre a base legalmente prevista, o salário-mínimo, como adotado pela ré para o pagamento do adicional de insalubridade.

Logo, a base de cálculo do adicional em questão deve ser o salário-mínimo.

Quanto aos reflexos, dispõe a Orientação Jurisprudencial 103 da SDI - 1 do TST que: "*O adicional de insalubridade já remunera os dias de repouso semanal e feriados.*" Ademais, conforme estabelece o artigo 7º, § 2º, da Lei 605/49: "*Consideram-se já remunerados os dias de repouso semanal do empregado mensalista ou quinzenalista cujo cálculo de salário mensal ou quinzenal, ou cujos descontos por falta sejam efetuados na base do número de dias do mês ou de 30 (trinta) e 15 (quinze) diárias,*



ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

Fl. 18

respectivamente [...]". Portanto, tratando-se de empregado mensalista (caso dos autos), não subsistem os reflexos em repousos, considerando que estes já se encontram embutidos na remuneração mensal paga.

Por fim, no que tange aos honorários periciais, cujo pagamento compete à reclamada, entendo que o valor fixado (R\$ 3.000,00), consideradas a complexidade e a extensão do trabalho do perito, se afigura excessivo, razão pela qual entendo mais razoável e consentâneo com os valores usualmente fixados no âmbito desta Justiça Especializada reduzir o quantum para R\$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso da reclamada para: **a)** reconhecer o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade; **b)** excluir os reflexos do adicional de insalubridade em repousos e **c)** reduzir a R\$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais) o valor dos honorários periciais.

2. DISPENSAS.

Pretende a reclamada a absolvição do pagamento de horas correspondentes às dispensas. Defende que o reclamante trabalhava como horista, recebendo a totalidade de horas laboradas no mês, e que eventuais dispensas concedidas compensavam as horas extras realizadas.

Analiso.

Narra o reclamante, na petição inicial, que por iniciativa da reclamada havia concessão de dispensas em diversos dias por mês, não sabendo o trabalhador como era feito o registro destas dispensas. Acrescenta que não recebeu salário por estes dias em que ficou a disposição da reclamada, razão pela qual pugna pela condenação ao pagamento de 220 (item X da



ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

Fl. 19

inicial - fl. 06). É incontroversa a concessão de dispensas em algumas vezes por ano, durante a contratualidade, residindo a divergência, contudo, quanto ao pagamento ou compensação de tais dias.

Tal situação pode ser constatada, por exemplo, pelo recibo da fl. 174, referente ao mês de setembro de 2011, onde o reclamante sofreu o desconto de dispensa como “Horas não Trabalhadas”, 8,80, no valor de R\$ 45,58. Registro que tal desconto em nada se relaciona com compensação de jornada.

Por isso, correta a sentença ao concluir pela inexistência de prova de que tais dispensas foram solicitadas pela reclamante, tampouco foi demonstrado outro motivo para o desconto.

Dessa forma, mantenho a condenação.

DESEMBARGADOR JURACI GALVÃO JÚNIOR:

I. RECURSO DAS PARTES. MATÉRIA COMUM.

1. DIFERENÇAS DE HORAS EXTRAS. NULIDADE DOS REGIMES DE COMPENSAÇÃO SEMANAL E DE BANCO DE HORAS.

a) Regime de compensação semanal e de banco de horas. Validade.

Incontroversa a submissão do reclamante ao regime de compensação semanal e de banco de horas no período correspondente à condenação da reclamada ao pagamento de horas extras, sendo que tais sistemas são incompatíveis.

O regime de compensação semanal, o qual se dá pela supressão do



ACÓRDÃO

0000079-70.2014.5.04.0383 RO

FI. 20

trabalho aos sábados e o conseqüente aumento da jornada nos outros cinco dias, é considerado favorável ao obreiro e, portanto, pode se dar por acordo individual bilateral, conforme entendimento consagrado na Súmula 85 do TST. Já o banco de horas, previsto no art. 59, § 2º da CLT, que se caracteriza como espécie do gênero "regime compensatório de jornada", no qual o empregado tem computado como regime de crédito e débito as horas trabalhadas além da jornada normal, ou aquém destas, mediante a concessão de folgas por um período anual, sem que receba, como horas extras, o período eventualmente laborado a maior, é considerado prejudicial ao obreiro e somente pode ser instituído por negociação coletiva, considerando que apenas por lei ou negociação coletiva se pode reduzir direitos trabalhistas.

Assim, os sistemas de compensação adotados pela reclamada são incompatíveis entre si e impedem o efetivo controle das horas trabalhadas, compensadas e destinadas à compensação, o que torna inválida a adoção do regime compensatório como um todo.

Veja-se, então, o teor da Súmula nº 85 do TST:

COMPENSAÇÃO DE JORNADA (inserido o item V) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. (ex-Súmula nº 85 - primeira parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. (ex-OJ nº



ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

Fl. 21

182 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

III. O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional. (ex-Súmula nº 85 - segunda parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário. (ex-OJ nº 220 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade "banco de horas", que somente pode ser instituído por negociação coletiva.

Com efeito, os itens III e IV da referida súmula preveem que, em relação às horas extras destinadas à compensação, é devido somente o adicional legal. Contudo, o inciso V da mesma súmula esclarece que o disposto nos incisos anteriores não é aplicável ao regime compensatório na modalidade de banco de horas, explicitamente adotado pela reclamada.

Desse modo, entendendo inválidos os regimes de compensação como um



PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

ACÓRDÃO
0000079-70.2014.5.04.0383 RO

FI. 22

todo, não há falar em pagamento restrito ao adicional incidente.

Assim, dou provimento ao recurso do reclamante, no item, para determinar que as horas extras deferidas sejam adimplidas com o pagamento do valor da hora normal + adicional incidente, mantidos os demais critérios e reflexos estabelecidos na origem.

DESEMBARGADOR FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO:

Acompanho o voto divergente.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ DE MOURA CASSAL
(RELATOR)

DESEMBARGADOR JURACI GALVÃO JÚNIOR

DESEMBARGADOR FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO