



Publicacao [200-2014-4-9-0-2-Acórdãos-23/01/2015-Acórdãos]

Emitido em
27/01/2015
12:54:13

PUBLICAÇÃO

PODER JUDICIÁRIO



JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

"A conciliação é o melhor caminho para a paz"

7ª TURMA

CNJ: 0000019-32.2014.5.09.0004

TRT: 00200-2014-004-09-00-2 (RO)



GESTANTES AFASTADAS DA EXPOSIÇÃO A RADIAÇÕES IONIZANTES DURANTE A GRAVIDEZ. DIREITO À PERMANÊNCIA DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.

A empresa Reclamada efetua a readequação das atribuições das empregadas grávidas, exercentes de funções em radiologia, durante a fase gestacional, de forma a afastá-las, nesse período, da exposição às radiações ionizantes, na forma da Portaria nº 453/98 da Anvisa. Ao assim proceder, está a Reclamada preservando a saúde das trabalhadoras e dos nascituros, propiciando-lhes a devida proteção à maternidade e tornando efetiva a garantia insculpida no art. 6º, "caput", e 196, da Constituição Federal. A maternidade e a saúde são direitos constitucionalmente reconhecidos e que devem ser protegidos, daí porque a gestante não pode sofrer qualquer prejuízo em decorrência da necessidade

de permanecer afastada, transitoriamente, das atribuições que lhe garantam um adicional salarial, como nas atividades de radiologia, que lhe asseguram o recebimento de adicional de insalubridade de 40% sobre a remuneração, independentemente de perícia, conforme disposição convencional. Pelo que, nos termos da negociação coletiva, a contratação da empregada para o exercício de função em radiologia lhe garante o recebimento do adicional de insalubridade, cuja natureza salarial é irrefragável e, ainda que o adicional por trabalho insalubre seja considerado como "salário condição", podendo, assim, ser suprimido quando houver a eliminação do risco à saúde ou integridade física do trabalhador, conforme art. 194 da CLT, a disposição convencional que determina seu pagamento aos exercentes de funções em radiologia independentemente de perícia, torna a verba incondicional para a categoria profissional respectiva, já que devida pelo mero exercício das atribuições correspondentes a tais atividades, sendo desnecessária sua efetiva caracterização e classificação nos moldes do art. 195 da CLT. Pelo que, mesmo sendo necessária a readequação das atribuições das empregadas gestantes do setor de radiologia, ainda que estas passem a executar tarefas que não mais a exponham, temporariamente, às radiações ionizantes, fazem jus ao recebimento da integralidade das verbas salariais que receberiam caso pudessem desempenhar, normalmente, suas funções, inclusive o adicional de insalubridade. Nesse sentido, é o teor do art. 392 da CLT, que em seu § 4º, inciso I, estabelece que é garantida à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos, a transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem. Recurso ordinário da Ré a que

se nega provimento, no particular.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da **MM. 04ª VARA DO TRABALHO DE CURITIBA - PR**, sendo Recorrente **ESHO EMPRESA DE SERVIÇOS HOSPITALARES S.A.** e Recorrido **SINTERPAR - SINDICATO DOS TÉCNICOS EM RADIOLOGIA DO PARANÁ**.

I. RELATÓRIO

Inconformada com a r. sentença de fls. 233/239, complementada pela decisão resolutive de embargos de fls. 280/282, ambas proferidas pelo Exmo. Juiz do Trabalho **Bráulio Gabriel Gusmão**, que acolheu parcialmente os pedidos, recorre a Ré.

Através do recurso ordinário de fls. 284/288, postula a reforma da r. sentença quanto aos seguintes itens: a) adicional de insalubridade; e b) suspensão dos efeitos da tutela antecipada.

Custas recolhidas às fls. 289/290.

Depósito recursal efetuado às fls. 291/293.

Contrarrazões apresentadas pelo Autor às fls. 296/301.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, em virtude do disposto no artigo 20 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHEÇO** do recurso ordinário interposto, assim como das respectivas contrarrazões.

2. MÉRITO

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA

Inconforma-se a Ré com a determinação de pagamento do adicional de insalubridade às empregadas do setor de radiologia, afastadas, provisoriamente, de suas funções, por recomendação médica, durante o período gestacional.

Alega que os efeitos do art. 16 da Lei nº 7.394/85 se encontram suspensos em razão da medida cautelar concedida na ADPF 151 DF.

Aduz, de igual modo, que a normatização coletiva aplicável a suas trabalhadoras apenas estabelece o pagamento do adicional de insalubridade no percentual de 40% sobre o valor da remuneração, independentemente de perícia, mas não assegura o recebimento de tal parcela quando a empregada é afastada da condição insalubre.

Invoca o art. 194 da CLT, o qual estabelece que com a eliminação do risco à saúde ou integridade física, cessa o direito do empregado ao adicional respectivo.

Pugna pela modificação do decidido pelo r. Juízo "a quo".

Sucessivamente, pede que ao menos os efeitos da antecipação de tutela sejam suspensos, *"até que a discussão possa ser esgotada em todas as instâncias"* (fl. 287).

Analisa-se.

Constou da r. sentença:

1. Empregadas gestantes. Adicional de insalubridade e adicional por tempo de serviço

O Sindicato Autor afirma que o Réu, ao constatar a condição de gestante de suas empregadas, com fundamento na Portaria Anvisa nº 453/98, promove afastamento do local de trabalho daquelas que estão expostas a radiações ionizantes. Alega que uma das consequências desse procedimento tem sido a suspensão do pagamento do adicional de insalubridade e do adicional por tempo de serviço das trabalhadoras. Com fundamento na legislação em vigor e nas convenções coletivas de trabalho, o Sindicato Autor postula seja determinado ao Réu que deixe de assim proceder.

Em sua defesa, o Réu afirma que efetivamente deixou de pagar o adicional de insalubridade no período em que as empregadas ficam afastadas de suas atribuições, pois o agente insalubre não se faz presente. Quanto ao adicional por tempo de serviço, o Réu afirma que não houve supressão de pagamento e observa para tanto a rubrica "anuênio".

A análise das pretensões deve ser promovida em dois momentos.

1.1. Adicional de insalubridade

A regra geral para o adicional de insalubridade é no sentido de que não se trata de redução salarial a supressão de seu pagamento quando o risco deixa de existir, pois a parcela não se insere na regra do art. 7º, VI, da Constituição Federal. Com efeito, há disposição específica sobre o tema, no inciso XXIII, que remete a texto de lei. No caso, o art. 194 da CLT estabelece que o direito do empregado ao referido adicional cessa com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física.

Por outro lado, no caso específico da função do técnico em radiologia, o art. 16 da Lei nº 7.394, de 29 de outubro de 1985 claramente estabelece o adicional de insalubridade como parte integrante da remuneração. Nesse mesmo sentido, a previsão contida na cláusula décima quinta da convenção coletiva de trabalho da categoria, vigente para o período 2012/2014, cuja redação é a seguinte:

Independentemente de perícia médica o adicional de insalubridade será pago no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o valor da remuneração do registro do trabalhador.

Significa dizer que o adicional de insalubridade está

relacionado diretamente à função exercida e não às atividades que, por conta da gravidez e da necessidade de proteção da gestante e do nascituro, foram suspensas. O valor do adicional constitui parte substancial da remuneração das trabalhadoras e sua supressão constitui risco considerável. Aplicável à espécie a disposição do art. 392, IV, da CLT.

Assim, acolho a pretensão para determinar ao Réu que pague integralmente o adicional de insalubridade às suas empregadas gestantes, mesmo durante o período em que estiverem afastadas das condições tidas como insalubres.

Em face do disposto nos artigos 273, I e 461 do CPC, confiro à presente decisão efeito imediato de modo a antecipar os efeitos da tutela, ou seja, independentemente do seu trânsito em julgado.

A obrigação deve ser cumprida no prazo de 48 horas, a contar da publicação da sentença, cuja data é do conhecimento das partes. No caso de inércia, será aplicada multa diária no valor de R\$ 1.000,00 por empregada atingida, até o limite de 30 dias.

Ainda, condeno o Réu no pagamento do adicional suprimido das empregadas que foram submetidas a tais condições no período de vigência da mencionada convenção coletiva de trabalho e enquanto durou tal situação, bem como seus reflexos em férias, 13º e FGTS, conforme postulado.

Os valores pagos sob o mesmo título e no período compreendido pela obrigação devem ser abatidos, de modo a ser evitado bis in idem. (fls. 233/236 - grifos acrescidos).

Ao apreciar os embargos de declaração suscitados pela empresa ora Recorrente, assim se manifestou o i. Magistrado de primeiro grau:

A embargante tem parcial razão.

Diz a ementa da referida ADPF 151

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Direito do Trabalho. Art. 16 da Lei 7.394/1985. Piso salarial dos técnicos em radiologia. Adicional de insalubridade. Vinculação ao salário mínimo. Súmula Vinculante 4. Impossibilidade de fixação de piso salarial com base em múltiplos do salário mínimo. Precedentes: AI-AgR 357.477, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 14.10.2005; o AI-AgR 524.020, de minha relatoria,

Segunda Turma, DJe 15.10.2010; e o AI-AgR 277.835, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 26.2.2010. 2. Ilegitimidade da norma. Nova base de cálculo. Impossibilidade de fixação pelo Poder Judiciário. Precedente: RE 565.714, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 7.11.2008. Necessidade de manutenção dos critérios estabelecidos. O art. 16 da Lei 7.394/1985 deve ser declarado ilegítimo, por não recepção, mas os critérios estabelecidos pela referida lei devem continuar sendo aplicados, até que sobrevenha norma que fixe nova base de cálculo, seja lei federal, editada pelo Congresso Nacional, sejam convenções ou acordos coletivos de trabalho, ou, ainda, lei estadual, editada conforme delegação prevista na Lei Complementar 103/2000. 3. Congelamento da base de cálculo em questão, para que seja calculada de acordo com o valor de dois salários mínimos vigentes na data do trânsito em julgado desta decisão, de modo a desindexar o salário mínimo. Solução que, a um só tempo, repele do ordenamento jurídico lei incompatível com a Constituição atual, não deixe um vácuo legislativo que acabaria por eliminar direitos dos trabalhadores, mas também não esvazia o conteúdo da decisão proferida por este Supremo Tribunal Federal. 4. Medida cautelar deferida.

Ao fazer referência à disposição do art. 16 da Lei 7.394/85, a sentença de mérito não tratou da sua base de cálculo, mas dos critérios nele contidos, ou seja, a condição do adicional de insalubridade integrar a remuneração e tal situação não foi alterada pela decisão proferida, como pode ser observado itens 2 e 3 da ementa acima.

Por outro lado, não se questiona a base de cálculo do adicional praticada pelo Réu e essa não deve sofrer modificações, pois é disposta em norma coletiva e não no dispositivo legal invocado.

Acolho os embargos para prestar esses esclarecimentos. (fls. 280/282).

Tem-se por inconteste a readequação das atribuições das empregadas grávidas, exercentes de função em radiologia, durante o período gestacional, de forma a afastá-las da exposição às radiações ionizantes.

Em sua peça de defesa, asseverou a Ré o seguinte:

Conforme relatado pelo sindicato autor, de fato a ré

possui empregados do setor de radiologia que, em razão da natureza das suas atividades, percebem adicional de insalubridade de 40%.

Assim como existem funcionárias do mesmo setor que comunicaram à empresa a sua condição de gestante, razão pela qual foram afastadas das suas atribuições que consistiam na exposição aos agentes nocivos provocados pela radiação ionizante.

Por tal razão, juntamente com a readequação das atribuições, houve reajuste das suas funções que não implicassem na exposição a agentes insalubres, razão pela qual se fez necessária a suspensão do pagamento do adicional de insalubridade. (fl. 94 - grifos acrescidos).

Ressalta-se que em momento algum o Sindicato-Autor questiona a validade da "*readequação das atribuições*" das gestantes, de forma a afastá-las da exposição ao agente insalubre (radiação ionizante).

Todavia, o procedimento da Reclamada, lícito e praticado segundo as determinações da Portaria Anvisa nº 453/98, não pode ensejar a diminuição das garantias e benesses asseguradas às empregadas em razão das atribuições para as quais foram contratadas.

Indene de dúvida que, ao serem admitidas pela Reclamada para o exercício de função em radiologia (auxiliar, técnica ou tecnóloga - cláusula terceira da CCT trazida aos autos às fls. 16/39), as trabalhadoras passam a deter, por força de disposição convencional, independentemente, portanto, do art. 16 da Lei nº 7.394/85 (cujos efeitos foram suspensos em razão da medida cautelar concedida na ADPF 151 DF), o direito ao recebimento do adicional de insalubridade em montante equivalente a "*40% (quarenta por cento) sobre o valor da remuneração do registro*", como se observa na cláusula décima quinta da normatização coletiva aplicável aos empregados da Ré, "verbis":

CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Independente de perícia médica o adicional de

insalubridade será pago no percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o valor da remuneração do registro do trabalhador. (fl. 20).

Indelével, portanto, o direito das empregadas da Reclamada exercentes de atividades no setor de radiologia ao recebimento do adicional de insalubridade, com base em disposição havida nas Convenções Coletivas de Trabalho e com fulcro no art. 7º, XXVI, da Carta Constitucional.

Indubitável, também, a natureza jurídica salarial do adicional em questão, conforme escólio de Mauricio Godinho Delgado:

Os adicionais consistem em parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas.

(...).

O que distingue os adicionais de outras parcelas salariais são tanto o fundamento como o objetivo de incidência da figura jurídica. **Os adicionais correspondem a parcela salarial deferida suplementarmente ao obreiro por este encontrar-se, no plano do exercício contratual, em circunstâncias tipificadas mais gravosas. A parcela adicional é, assim, nitidamente contraprestativa: paga-se um plus em virtude do desconforto, desgaste ou risco vivenciados, da responsabilidade e encargos superiores recebidos, do exercício cumulativo de funções, etc. Ela é, portanto, nitidamente salarial, não tendo, em consequência, caráter indenizatório (ressarcimento de gastos, despesas; reparação de danos, etc.).** Este o entendimento que prevalece na doutrina e jurisprudência pátrias (inúmeras súmulas construíram-se atestando a natureza salarial dos adicionais: 60 e 265; 76 e 291; 80 e 248, todas do TST). Está, portanto, superada, no país, a classificação indenizatória que eventualmente se realiza quanto aos adicionais em algumas poucas análises ainda divulgadas na literatura justrabalhista. (Curso de Direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 711 - grifos acrescidos).

Tem-se, ainda, a lição de Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

Observam-se diversas modalidades de adicionais pagos sobre o salário, e que são devidos em razão do labor em certas condições especiais.

Quanto aos adicionais legais, o entendimento atualmente pacífico, na doutrina e na jurisprudência, é no sentido da sua natureza salarial ou remuneratória. (Curso de Direito do Trabalho. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 376 - grifos acrescidos).

Segundo Sergio Pinto Martins, **"Salário é o conjunto de prestações fornecidas diretamente ao trabalhador pelo empregador em decorrência do contrato de trabalho, seja em razão da contraprestação do trabalho, da disponibilidade do trabalhador, das interrupções contratuais ou demais hipóteses previstas em lei."** (Comentários à CLT. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 404).

Assim, a parcela em análise compõem o salário da trabalhadora, servindo de base para a apuração de todos os demais direitos, inclusive para fins de salário-maternidade, benefício previdenciário suportado, ainda que indiretamente, pelo INSS (§ 1º do art. 72 da Lei nº 8.213/91).

O art. 72, "caput", da Lei nº 8.213/91 estabelece, de modo expresso, que **"O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral."** (grifos acrescidos).

O afastamento da empregada de suas funções em razão da condição gestacional não pode lhe acarretar qualquer perda de benefícios ou benesses a que faria jus caso não estivesse grávida e pudesse, assim, executar normalmente suas atribuições.

A readequação das atribuições das empregadas gestantes

que labutam com radiologia, de modo a afastá-las da exposição às radiações ionizantes, é necessária para preservar a saúde das trabalhadoras e dos nascituros, propiciando-lhes, assim, a devida proteção à maternidade e tornando efetiva a garantia insculpida no art. 6º da Constituição Federal.

Note-se, também, que o direito à saúde é resguardado aos nascituros pelo art. 2º do Código Civil, o qual preceitua que **"A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro."** (grifos acrescidos). Como o art. 196 da Constituição Federal determina que **"A saúde é direito de todos"** (grifos acrescidos), também o estende aos nascituros.

Desse modo, a maternidade é um direito constitucional a ser protegido, bem como a saúde, daí porque a gestante não pode sofrer qualquer prejuízo em decorrência da necessidade de permanecer afastada das atribuições que lhe garantam um adicional salarial, como nas atividades de radiologia, que lhe asseguram o recebimento de adicional de insalubridade de 40% *"Independente de perícia médica"*, conforme disposição convencional, quer dizer, independentemente de ser apurado, tecnicamente e "in loco", a efetiva presença de condições insalubres.

Conclui-se, portanto, que nos termos da negociação coletiva, a contratação da empregada para o exercício de função em radiologia lhe assegura o recebimento do adicional de insalubridade, cuja natureza salarial é irrefragável.

Ainda que o adicional por trabalho insalubre seja considerado como "salário condição", podendo, assim, ser suprimido quando houver a eliminação do risco à saúde ou integridade física do empregado, conforme art. 194 da CLT (**"Art. 194 - O direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física, nos termos desta Seção e das normas expedidas pelo Ministério do Trabalho."**), a disposição convencional que garante aos exercentes de

funções em radiologia o direito ao recebimento de tal parcela "*Independente de perícia médica*", torna referida verba incondicional para a categoria profissional respectiva, já que devida pelo mero exercício das atribuições correspondentes a tais atividades, sendo desnecessária sua efetiva caracterização e classificação nos moldes do art. 195 da CLT.

Pelo que, mesmo sendo necessária a readequação das atribuições das empregadas gestantes do setor de radiologia, ainda que estas passem a executar tarefas que não mais a exponham, temporariamente, às radiações ionizantes, fazem jus ao recebimento da integralidade das verbas salariais que receberiam caso pudessem desempenhar, normalmente, suas funções, inclusive o adicional de insalubridade.

É o que se extrai do § 4º, inciso I, do art. 392 da CLT, "verbis":

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

(...).

§ 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos:

I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho;

II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

Por comezinho que, após o término da condição gestacional, do estado puerperal e da licença maternidade, as empregadas voltarão a executar, normalmente, suas atribuições no setor de radiologia, motivo pelo qual se infere que sua não exposição às radiações ionizantes será transitória, e que retornarão,

posteriormente, ao exercício das atribuições que lhe asseguram o recebimento do adicional de insalubridade, daí porque não se cogita de eliminação do risco à sua saúde e integridade física, passível de ensejar a cessação da parcela.

Portanto, extrai-se, de uma interpretação sistemática do contido no art. 392, § 4º, inciso I, da CLT, art. 6º, "caput", da Constituição Federal e art. 72, "caput", da Lei nº 8.213/91, bem como, do disposto na cláusula décima quinta dos instrumentos de negociação coletiva e no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, que as empregadas gestantes do setor de radiologia da Reclamada que sejam afastadas de suas atribuições para não ficarem expostas às radiações ionizantes durante a gravidez, mantêm o direito ao recebimento do adicional de insalubridade a que fazem jus pelo exercício de suas funções, como bem entendeu o i. Magistrado de primeiro grau.

Conforme ensina o jurista Ives Gandra da Silva Martins:

A interpretação, portanto, que melhor se adapta ao direito, é aquela que leva o intérprete a entendê-la de forma sistemática, ou seja, examinando a norma de acordo com o sistema, a ordem jurídica e o conjunto de disposições a que se refere.

Na interpretação sistemática, todas as técnicas são admissíveis, mas em conjunto, ou seja, a gramatical, a histórica, a teleológica, a formal, a dialética. Busca o intérprete examinar a norma escrita à luz de seu conteúdo ôntico e de todo o sistema, com o que na integração exegética na ordem jurídica, passa a gozar de maior densidade, adequação e pertinência. (Uma Breve Introdução ao Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 140 - grifos acrescidos).

Todavia, em se tratando de matéria altamente controvertida e não havendo receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a concessão de tutela antecipada, no caso, não pode ser mantida, de modo a impor a definitividade antes do trânsito em julgado. Não se vislumbra, na hipótese "sub judice", presentes os requisitos insculpidos no art. 273 do CPC.

Note-se que as empregadas não estarão privadas do salário

durante o período de readequação de suas atribuições por conta do estado gestacional, ficando preservada, assim, sua sobrevivência e sustento derivado do caráter alimentar daquele, ocorrendo apenas a supressão do adicional de insalubridade, que se trata de parcela salarial acessória.

Assim, não haverá qualquer prejuízo às trabalhadoras por terem de aguardar o trânsito em julgado da decisão judicial, quando, então, farão jus aos haveres que lhe foram suprimidos de forma retroativa.

Ante o exposto, **reforma-se parcialmente** a r. sentença para afastar os efeitos da antecipação de tutela concedida no "decisum", bem como a imposição de pagamento de multa diária para o caso de descumprimento da decisão antecipatória, determinando-se a observância do decidido, por parte da Ré, somente após o devido trânsito em julgado.

AÇÃO CAUTELAR 436-2014-909-09-00-4

Revogada a tutela antecipada, julga-se prejudicada a ação cautelar ajuizada pela Ré.

III. CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Desembargadores da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA**, assim como das respectivas contrarrazões. No mérito, por igual votação, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para, nos termos do fundamentado, afastar os efeitos da antecipação de tutela concedida na r. sentença, bem como a imposição de pagamento de multa diária para o caso de descumprimento da decisão antecipatória, determinando-se a observância

do decidido, por parte da Ré, somente após o devido trânsito em julgado. Sem divergência de votos, **JULGAR PREJUDICADA A AÇÃO CAUTELAR 00436-2014-909-09-00-4.**

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba,

UBIRAJARA CARLOS MENDES
DESEMBARGADOR DO TRABALHO
RELATOR