



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

A C Ó R D ã O
6ª Turma
KA/cdp

RECURSO DE REVISTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR MAIS DE SETE ANOS. CONTRATAÇÃO POSTERIOR POR PRAZO DETERMINADO (CONTRATO DE EXPERIÊNCIA). INVALIDADE. Conforme consignado no acórdão do Regional, o reclamante, após trabalhar para a reclamada por mais de sete anos, foi readmitido na empresa para trabalhar em função diversa da exercida anteriormente, mediante contrato de experiência. Estabelecido o contexto, verifica-se que após sete anos de contrato, período o qual foi possível testar e avaliar as aptidões e qualificações do empregado para a execução dos serviços e as condições gerais oferecidas pelo empregador para a execução das tarefas, não é possível que a empresa contrate o mesmo empregado, sob a modalidade de contrato de experiência, ainda que para função diversa, pois já conhecia as aptidões e capacidades dele, não se justificando, assim, a contratação a título de experiência. Recurso de revista de que não se conhece.

ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO. O Regional, soberano na análise da prova, manteve a sentença, por entender que ficou comprovado que o reclamante estava sujeito a tratamento humilhante e hostil no local de trabalho. Por conseguinte, não é possível concluir de modo contrário, pois seria necessário analisar o conjunto fático probatório dos autos, o que é vedado, nos termos da Súmula nº 126 do TST, cuja aplicação afasta a fundamentação jurídica invocada pela recorrente. Recurso de revista de que não se conhece.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. Esta Corte Superior tem reconhecido a inconstitucionalidade de



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

lei ou ato normativo do Poder Público que adote o salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, nos termos da Súmula Vinculante n.º 4 do STF. Assim, com amparo na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e ante a ausência de instrumento ou de lei expressamente fixando base de cálculo diversa, permanece o salário-mínimo como parâmetro de cálculo do adicional de insalubridade. Recurso de revista a que se dá provimento.

PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER. INTERVALO ANTERIOR À PRORROGAÇÃO DA JORNADA. ART. 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO AO TRABALHADOR DO SEXO MASCULINO. 1 - O art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Não se trata aqui de discutir a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres. A mulher não é diferente como força de trabalho, pode desenvolver com habilidade e competência as atividades a que se dispuser ou que lhe sejam impostas. No entanto, o legislador procurou ampará-la, concedendo-lhe algumas prerrogativas voltadas para a proteção da sua fisiologia. 2 - Nesses termos, é incabível sua extensão a trabalhadores do sexo masculino, mesmo porque o art. 384 da CLT faz parte do capítulo de proteção ao trabalho da mulher, o que traduz a vontade do legislador ordinário de restringir-lhe a aplicação do dispositivo. Recurso de revista a que se dá provimento.

HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRAJORNADA. LIMITAÇÃO AO ADICIONAL. NATUREZA JURÍDICA. A decisão do Regional está em consonância com o entendimento desta Corte, preconizado na Súmula nº 437, itens I e III, da SBDI-1 deste Tribunal.



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

Nesse contexto, o conhecimento do recurso de revista encontra óbice na Súmula nº 333, de modo que fica afastada a divergência jurisprudencial e a alegação de ofensa a preceito de lei. Recurso de revista de que não se conhece.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093**, em que é Recorrente **COMTRAFO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE TRANSFORMADORES ELÉTRICOS LTDA.** e Recorrido **MARCIO FACCIOLI ALVES SANTANA.**

O TRT, a fls. 190/232, deu parcial provimento ao recurso ordinário da reclamada e negou provimento ao recurso ordinário adesivo do reclamante.

A reclamada opôs embargos de declaração (fls. 234/241), os quais foram rejeitados (fls. 247/265).

A reclamada interpôs recurso de revista, a fls. 268/300, com base no art. 896, **a** e **c**, da CLT, sustentando que deve ser reformada a decisão recorrida.

Despacho de admissibilidade a fls. 305/308.

Sem contrarrazões.

Os autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho (art. 83, II, do Regimento Interno do TST).

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

1.1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR MAIS DE SETE ANOS. CONTRATAÇÃO POSTERIOR POR PRAZO DETERMINADO (CONTRATO DE EXPERIÊNCIA). INVALIDADE

O Tribunal Regional consignou:

Firmado por assinatura digital em 02/09/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

“1. Contrato e experiência

A ré insurge-se contra a sentença que declarou a nulidade do contrato de experiência firmado entre as partes, no período de 08/12/2008 a 07/03/2009, determinou o pagamento de aviso prévio e FGTS e entrega de guias do seguro desemprego.

Alega que quando ocorreu a nova contratação, houve alteração na função do autor, que passou a trabalhar como auxiliar de linha de produção e em novo local de trabalho. Entende, assim, que o contrato de experiência é válido e produz seus efeitos de contrato por tempo determinado.

O julgador considerou nulo o contrato de experiência, nos seguintes termos:

**VERBAS RESCISÓRIAS: NULIDADE DO PEDIDO DE
DEMISSÃO DO 1º CONTRATO E DISPENSA SEM JUSTA CAUSA
NO 2º CONTRATO**

Aduz o autor que sua primeira admissão pela ré ocorreu em 04.06.2001 e que no dia 12.09.2008 veio a pedir demissão por justa causa cometida pelo empregador, pois já não aguentava mais ser humilhado por seu empregador na frente de seus colegas de trabalho, sendo que na data de 08.12.2008 foi readmitido e em 07.03.2009 foi dispensado sem justa causa, sob a alegação de término do contrato de experiência.

A ré, em contestação, sustenta que não coagiu o autor a pedir dispensa do primeiro contrato, tendo o autor pedido dispensa do emprego de livre e espontânea iniciativa, por razões particulares.

Relevante frisar que o autor não pleiteia unicidade contratual, não alega prestação de serviços no interregno entre o primeiro e o segundo contratos de trabalho e nem postula somatória de períodos descontínuos trabalhados. Note-se que em relação ao primeiro contrato o autor pleiteia o reconhecimento de rescisão indireta (fl. 13), pagamento de aviso prévio indenizado, verbas inerentes à dispensa sem justa causa, FGTS com multa de 40% e liberação do FGTS; já para o segundo contrato, postula o autor pagamento do aviso prévio e de todas as parcelas rescisórias inerentes a um contrato por tempo indeterminado, inclusive as guias do seguro-desemprego. Além disso, busca o autor retificação da CTPS no que pertine às datas das



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

demissões do 1º e do 2º contratos de trabalho, considerando-se para ambos a projeção do aviso prévio indenizado no tempo de serviço.

O segundo contrato de trabalho vigorou pelo período de 08.12.2008 a 07.03.2009, ou seja, exatamente por 90 dias, constando-se que o contrato de experiência foi inicialmente ajustado para 45 dias e prorrogado por mais 45 dias, até 07.03.2009, como demonstra o documento de fls. 247/248.

Salienta-se que o empregador já providenciou a quitação das verbas resilitivas do segundo contrato, a título de saldo de salário, férias proporcionais e gratificação natalina proporcional, como comprova o TRCT de fl. 253, entretanto, para empregado que já havia trabalhado por tantos anos, não se pode reconhecer validade ao contrato de experiência posteriormente firmado, restando deferidos em relação ao segundo contrato os pedidos de aviso prévio indenizado, fornecimento das guias seguro-desemprego, sob pena de pagamento de indenização equivalente àquela que seria paga pelo órgão competente e multa do FGTS ante a nulidade do contrato de experiência juntado às fls. 247/248.

(...)

(...) (negritei - fls. 286, v.-287).

A regra, quanto à duração dos contratos de trabalho, é a presunção de que foram celebrados por tempo indeterminado, em face do princípio da continuidade da relação de emprego. A contratação por tempo determinado é exceção e, por esta razão, encontra limites no artigo 443 da CLT, que estabelece que essa modalidade de contrato depende de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou, ainda, da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada. Não bastasse essa delimitação, o legislador optou por especificar quais seriam os casos em que a determinação de prazo pode ser aceita, como se verifica no § 2º do artigo 443 da CLT:

§ 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando: (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; (Incluída pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

b) de atividades empresariais de caráter transitório; (Incluída pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

c) de contrato de experiência. (Incluída pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

Considera-se, ainda, que ao autor cabe a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, conforme art. 333 do CPC e 818 da CLT. Assim, cabe ao empregador a prova de que o empregado foi contratado nos termos do artigo 443 da CLT.

Na hipótese, não é razoável conceber que após o autor trabalhar na ré por mais de sete anos (de junho de 2001 a setembro de 2008), fosse recontratado na modalidade de "contrato de experiência". Independente da contratação ter, ou não, ocorrido para nova função e em outro setor (embora a ré tenha afirmado na defesa que o autor teve sua função alterada, passando a trabalhar na linha de produção - fl. 123, v., o autor impugnou o Contrato de Experiência - doc. de fls. 248-249 - e afirmou que já havia trabalhado a ré "não apenas na linha de produção, como também na linha de montagem, por mais de sete anos antes do (...) contrato de experiência" - fl. 269), perfilho do entendimento contido na sentença de que "para empregado que já havia trabalhado por tantos anos, não se pode reconhecer validade ao contrato de experiência posteriormente firmado".

Nada a reparar".

Em seu recurso, a reclamada sustenta que não há lei estabelecendo que empregado que já trabalhou para empresa não pode ser mais contratado por prazo determinado (contrato de experiência). Afirma que na "primeira contratação o Recorrido laborava em função de auxiliar geral/marceneiro. Já a segunda contratação, o obreiro foi contratado para função de auxiliar de linha de produção, desempenhando atividades diferentes das que tinha quando do primeiro contrato, ou seja, iria desempenhar funções das quais a empresa não sabia iria adaptar-se ou desempenhar a contento para manutenção do contrato de trabalho, razão pela qual se fazia importante o contrato de experiência, a fim de saber se ambas as partes se ajustariam a nova contratação" (fl. 275). Alega

Firmado por assinatura digital em 02/09/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

violação dos arts. 5º, II, da Constituição Federal e 443, § 2º, c, da CLT.

À análise.

Em relação ao art. 5º, II, da Constituição, registre-se que esse dispositivo não trata diretamente da matéria, ao contrário do que exige o art. 896, c, da CLT, razão pela qual, no caso dos autos, não há violação direta do referido dispositivo.

O art. 443 da CLT, por sua vez, estabelece que:

“Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§ 1º - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

§ 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência.

Registre-se que o contrato de experiência serve para *"que tenham as partes da relação de emprego a oportunidade de um conhecimento mútuo mostrado concretamente em pleno exercício da função e não dependente apenas das frias informações curriculares"* (Nascimento, Amauri Mascaro, Curso de Direito do Trabalho, 26ª ed., Saraiva, p. 884). Francisco Antônio de Oliveira preleciona que *"o contrato de experiência, também denominado período de prova, tem por escopo verificar se o trabalhador atende aos requisitos exigidos pela empresa, com vistas à adaptação com os trabalhos que estarão afetos, sem prescindir de razoável produção e produtividade, bem assim de obediência às normas internas e de identificação com os objetivos da empresa e de adaptação e convivência*



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

pacífica perante o quadro funcional" (Curso de Direito do Trabalho, Ed. LTr, p. 246).

Com efeito, esta Corte tem entendido que, quando a empresa já teve a oportunidade de aferir as aptidões do empregado, durante a anterior prestação de serviços por meio de contrato, o contrato de experiência que lhe sucede perde sua natureza, passando-se à regra geral do contrato ajustado por tempo indeterminado.

No caso, o reclamante, após trabalhar para a reclamada por mais de sete anos, foi readmitido na empresa para trabalhar em função diversa da exercida anteriormente, mediante contrato de experiência.

Estabelecido o contexto, verifica-se que após sete anos de contrato, período o qual foi possível testar e avaliar as aptidões e qualificações do empregado para a execução dos serviços e as condições gerais oferecidas pelo empregador para a execução das tarefas, não é possível que a empresa contrate o mesmo empregado, sob a modalidade de contrato de experiência, ainda que para função diversa, pois já conhecia as aptidões e capacidades dele, não se justificando, assim, a contratação a título de experiência.

Nesse contexto, tem-se o ensinamento de Amauri Mascaro Nascimento e Alice Monteiro de Barros, *verbis*:

"Em princípio, não é lícito às partes o contrato de experiência com empregado que já trabalhou na empresa, porque nesse caso dá-se a perda da causa jurídica do contrato, que é a necessidade de conhecimento recíproco entre os contratantes, porém há uma situação em que essa perda não se dá. Ocorre quando o empregado vai, no segundo contrato, exercer uma função completamente diferente daquela que exerceu e para a qual se diz tecnicamente apto, caso em que, embora as partes já se conheçam como tal, não se conhecem quanto à aptidão funcional nova" (Nascimento, Amauri Mascaro, Curso de Direito do Trabalho, 26ª ed., Saraiva, p. 888/889).

"Poderá ocorrer de um contrato de experiência suceder a um contrato de trabalho temporário, ou vice-versa, em que tomador e empregado atuem como contratantes. Ora, essa situação desvirtua o contrato de prova, pois tudo leva a crer que o empregado já fora testado anteriormente.

.....



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

Ocorrendo a hipótese relatada acima, o pacto passará a reger-se pelas normas do contrato indeterminado" (Curso de Direito do Trabalho, Editora LTR, p. 387/388).

Nesse sentido, são os seguintes precedentes desta Corte:

“PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR INTERMÉDIO DE EMPRESA DE TRABALHO TEMPORÁRIO. SUBSEQUENTE CONTRATAÇÃO POR PRAZO DETERMINADO A TÍTULO DE EXPERIÊNCIA. VALIDADE. A circunstância que legitima a celebração de contrato por prazo determinado a título de experiência é a necessidade de ambas as partes do contrato terem um prazo para testarem e avaliarem, na prática, as aptidões e qualificações do empregado para a execução dos serviços e as condições gerais oferecidas pelo empregador para a execução dessas tarefas. Portanto, já tendo o reclamante prestado serviços para a reclamada na condição de empregado de empresa de trabalho temporário, é inválida a sua subsequente contratação a título de experiência, porquanto a prestação de serviços anterior já cumpriu a finalidade para qual fora instituída essa modalidade de contratação por prazo determinado. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento” (E-RR - 184500-06.2009.5.02.0262 , Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 24/10/2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 08/11/2013)

"SUPERVENIÊNCIA DE CONTRATO DE EXPERIÊNCIA A PRÉVIOS CONTRATOS TEMPORÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. O contrato de experiência corresponde a uma fase probatória, por meio da qual as Partes observarão a existência de efetivo interesse de ambas no prosseguimento do contrato de trabalho. **Quando a prestação de serviços já ocorre, ainda que de forma temporária, esvaiu-se o período de conhecimento e avaliação mútuos, pois as Partes já tiveram um tempo razoável para a conclusão no sentido de interesse na permanência da situação jurídica como posta. Dessa forma, descaracteriza-se o contrato de experiência, passando-se à regra geral do contrato firmado por tempo indeterminado,** sob pena de ocorrência de fraude. Há Precedentes.



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

Recurso de Revista conhecido e provido" (RR-26700-93.2003.5.12.0019, Segunda Turma, Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, DEJT 07/08/2009).

Por conseguinte, não há violação do art. 443 da CLT. Não conheço.

1.2. ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO.

A Corte regional consignou:

“2. Assédio moral - juros de mora

O autor, na petição inicial, relatou que foi admitido para trabalhar na linha de montagem e marcenaria, em 04 de junho de 2001. Alegou que em 11 de setembro de 2008, por não suportar as ofensas morais de seu superior, Vanderley Vieira, que constantemente em alto tom de voz o chamava de "lerdo, burro e idiota", na frente dos demais empregados, requereu a resolução do contrato de trabalho. Asseverou que durante todo o pacto laboral sofreu assédio moral, por parte de seu superior, que além de destratá-lo, o sobrecarregava de trabalho impossível de ser realizado no prazo determinado. Com fundamento no art. 5º, incisos V e X da CF, combinado com o art. 186, do Cód. Civil, pediu a condenação da ré em indenização por danos morais.

Em defesa, a ré sustentou que jamais agiu da forma descrita pelo autor e sempre manteve relação de respeito para com seus empregados. Observou a ausência de razoabilidade na alegação do autor de que teria sido vítima de assédio moral, mas que, meses após pedir demissão, solicitou sua readmissão. Considerou contraditório o fato do empregado que diz ter sido vítima de assédio moral retornar à mesma empresa, e afirmou que o autor requereu sua demissão e, inclusive, cumpriu o aviso prévio. Defendeu não ter havido demonstração de prática de ilícito capaz de gerar o dever de indenizar.

Houve o reconhecimento, pela julgadora, da ocorrência de assédio moral e a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, nos seguintes termos:

Quanto ao assédio moral, embora não seja possível traduzir para o papel o sentimento passado pelo autor, o importante é que o



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

fato ficou comprovado pela testemunha Rubens Sacarati, ao confirmar que o chefe do autor, Vanderlei, por vezes e perante os demais colegas chamava o reclamante de "lerdo, burro" (fl. 282 - item 6).

Os atos lesivos praticados pelo preposto da ré - encarregado do reclamante, estão devidamente comprovados e quanto aos danos sofridos, não é necessário muito esforço para concluir pela situação do trabalhador perante si mesmo e perante seus colegas de trabalho, sujeito a tratamento humilhante e hostil no local de trabalho.

A dor moral é clara e não há dúvida quanto à ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, preceito insculpido no art. 1º, III, da Constituição Federal.

O nexo de causalidade emerge da relação havia entre as partes, de um lado o autor prestando seus serviços mediante remuneração ajustada e, de outro lado o empregador, beneficiando-se da força de trabalho mas criando ambiente de trabalho não saudável psicologicamente falando.

Quem causou o dano, no caso a empregadora, deve indenizar a parte ofendida - reclamante, devendo o valor ser arbitrado pelo Juízo.

Desta forma, considerando a gravidade da lesão, as condições do autor, a capacidade econômica da reclamada, a natureza disciplinar que deve ter o valor a fim de evitar que o fato se repita com outros empregados, arbitro a indenização por dano moral em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a ser corrigido e acrescido de juros de mora a partir do ajuizamento da ação e condeno a reclamada a pagar este valor ao reclamante (fls. 287 e v.).

A ré insurge-se contra a sentença. Afirma que os fatos alegados pelo autor não foram comprovados, para justificar a condenação. Considera que o depoimento da testemunha indicada pelo autor foi tendencioso e parcial e que suas declarações revelam "nítido intuito vingativo" (fl. 297, v.). Pede a exclusão da condenação em danos morais.

O assédio moral caracteriza-se como a atitude deliberadamente perversa, com objetivo de afastar o indivíduo do mundo do trabalho, conduta abusiva capaz de provocar danos à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho (GUEDES, Márcia Novaes. Terror



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

Psicológico no Trabalho. São Paulo: LTr, 2003, p. 34.). Alice Monteiro de Barros observa que o perfil do assediador moral, a princípio, é o de uma pessoa perversa, capaz de exercer sobre a vítima uma provocação que a leva a ultrapassar seus limites. O perverso só consegue existir e ter uma boa auto-estima humilhando os outros. Em regra, se utiliza "de um tom doutoral, dá a impressão de saber", "usa palavras técnicas sem se preocupar com o sentido", demonstra uma erudição superficial e argumentos incoerentes. A doutrinadora acrescenta:

Muitas vezes o objetivo do assediador é massacrar alguém mais fraco, cujo medo gera conduta de obediência, não só da vítima, mas de outros empregados, que se encontram ao seu lado. Ele é temido e, por isso, a possibilidade de a vítima receber ajuda dos que a cercam é remota. E, se agirmos assim, nos tornamos cúmplices do assediador pela indiferença, pelo medo ou pela covardia. A meta do "perverso, em geral, é chegar ao poder ou nele manter-se por qualquer meio ou então mascarar a própria incompetência". O importante para o assediador é o domínio na organização; é controlar os outros. (HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio moral. A violência perversa no cotidiano. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. passim.apud BARROS, Alice Monteiro de. Assédio moral. Juris Síntese 52, mar./abr. de 2005).

Não se cogita que o comportamento do assediador se enquadre no justo exercício do poder disciplinar ou diretivo que o empregador lhe outorgou. É que, como nas palavras de Santo Tomás de Aquino, "tirano é não só o que exerce um Poder não fundado, mas também o que o exerce de modo arbitrário". (Palhares Moreira Reis. O Poder político e seus elementos, cit., pág. 112. Cf. Alexandre Passerin D'Entreves. Légalité et légitimité. Annales de Philosophie Politique, nº 7, Paris, Presses Universitaires de France, 1967, pág. 39. Norberto Bobbio. Sur le principe de la légitimité, cit., p. 50).

Na hipótese dos autos, ficou evidenciado que o autor foi tratado de forma humilhante pelo seu superior hierárquico, conforme se extrai das declarações da testemunha Rubens Scarati: "o chefe do depoente era o Sr. Vanderlei, sendo que por vezes o Sr. Vanderlei precisa de algumas peças e não ficavam prontas e chamava o reclamante de lerdo, burro" (fl. 283). Esse



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

depoimento, ao contrário do que sugere a recorrente, não contém conteúdo vingativo; revela o comportamento inadequado do superior hierárquico.

As declarações da testemunha da ré, por sua vez, no mínimo, revelam a intenção de não comprometimento ao declarar que "Vanderlei era chefe do reclamante, não podendo confirmar se esta pessoa chamou o reclamante de burro ou lerdo porque as vezes o depoente não estava presente; (...) Vanderlei tratava os funcionários com respeito de certa forma, porque gostava que o serviço fosse feito meio rápido" (fl. 283, v.). Ao declarar que "de certa forma" o superior tratava os empregados com respeito, mas que exigia rapidez na realização do serviço, permite inferir que havia algo fora do normal, como a cobrança e a sobrecarga de trabalho indicadas pelo autor. Práticas vexatórias e abusivas no ambiente laboral, como as denunciadas, geram clara quebra do dever de boa-fé e de respeito que devem sempre orientar as relações de trabalho. Enquadram-se como assédio moral, que exigem resposta pedagógica por parte do Estado, quando o próprio empregado não toma a iniciativa de coibí-las.

Por essas considerações e por não haver elementos nos autos para ignorar os bem lançados fundamentos na sentença que concluiu que o autor estava "sujeito a tratamento humilhante e hostil no local de trabalho", deve ser mantida.

Em matéria de dano moral como o alegado pelo autor, não se exige atividade probatória semelhante à utilizada em casos de dano material ou patrimonial. Comungo do entendimento de que bastam na maioria das vezes as presunções hominis, ou presunções simples, também ditas comuns, formadas na consciência do juiz. São "as conseqüências que o juiz, como homem, e como qualquer homem criterioso, atendendo ao que ordinariamente acontece (quod plerumque accidit) extrai dos fatos da causa, ou suas circunstâncias, e nas quais assenta sua convicção quanto ao fato probando, baseadas no critério da anormalidade ou em certos standards jurídicos." (GARAT, Annabel; SACCHI, Carlos. Manual de responsabilidad extracontractual. Tomo I, p. 188. Apud VALLER, Wladimir. A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro. São Paulo: E.V. Editora, 1994.).

O dano moral, portanto, ocorreu e, por ser impossível a reversão ao status quo ante, impõe a condenação da ré em indenização. A grande dificuldade, em matéria de danos extrapatrimoniais é, sem dúvida, a



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

avaliação, o que leva a doutrina a aconselhar que a valoração indenizatória adote cautela e bom senso e se pautar por regras de lealdade e razoabilidade (VEIGA JUNIOR, Celso Leal da. A Competência da Justiça do Trabalho e os Danos Morais. São Paulo: LTr, 2000. p. 69.). O valor pretendido pela parte ou aquele que venha a ser arbitrado, em Juízo, deve considerar variados aspectos, notadamente a condição social e financeira dos envolvidos, sem menosprezar a gravidade do dano e a intenção do causador. Há que prevalecer o bom senso, não só para evitar o enriquecimento injustificado, como a reparação que não tenha repercussão na vida do ofensor, e muito menos ressonância no grupo social (PAULA., Carlos Alberto Reis de. Do inadimplemento das obrigações. In: O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003, p. 360-378).

A complexidade do assunto foi analisada com fundamentos primorosos, pelo TRT de Minas Gerais, em julgado de que se destaca o seguinte trecho:

A violação dos direitos da personalidade não pode ser plenamente reparada, pois o direito não tem o poder de reverter o tempo para impedir os efeitos da lesão consumada. No direito positivo, não há consequência legal capaz de evitar ou anular os efeitos da dor moral sofrida pela injustiça cometida. A dor da injustiça não tem reparação, o desespero sofrido pela empregada com a situação de desemprego não pode ser anulado e a angústia experimentada frente à incerteza do futuro, gerada pela imagem injustamente denegrida, não pode ser apagada. Entretanto, embora não tenha o poder de recompor o status quo ante a lesão, porque não pode alterar o tempo e reverter o que ficou definitiva e indelevelmente marcado e inscrito no passado, o direito contém medidas capazes de reparar os efeitos materiais do dano moral suportado pela reclamante e de fazer cessar a violência cometida contra seus direitos. (TRT 3ª Região, 1ª Turma, RO 02770-2000 - Publ. 15/09/2000, Relatora Juíza Maria Lúcia Cardoso de Magalhães.)

Ainda que se admita a extrema dificuldade em valorar economicamente o dano moral ou a dor causada à vítima, deve-se considerar que a indenização é apenas uma forma de compensá-la pela ofensa sofrida, de modo que, mesmo na impossibilidade de reparar integralmente o dano, ao



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

menos se proporcione recompensa capaz de atenuá-lo. Entendo, com essas considerações que não foi exagerado o valor fixado na sentença, em face da gravidade dos fatos constatados, da condição social e financeira da ré, proporcionalmente inversa à do autor.

Por fim, a recorrente pede que os juros de mora e a correção monetária sejam computados desde a publicação da sentença.

A julgadora arbitrou a condenação em danos morais, em R\$ 20.000,00, "a ser corrigido e acrescido de juros de mora a partir do ajuizamento da ação (...)" (fl. 287, v.).

O marco inicial da correção monetária e juros de mora, no que tange aos valores fixados a título de danos morais, é a data do arbitramento do seu valor; na hipótese, da prolação da sentença, por aplicação da Súmula 11 deste Tribunal Regional, no seguinte sentido:

SÚMULA 11. AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO OU DOENÇA OCUPACIONAL. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

I - Danos morais e estéticos. Correção Monetária. O marco inicial da correção monetária devida em ações de indenização por danos morais e estéticos, decorrentes de acidente do trabalho ou doença ocupacional será a data do arbitramento do seu valor (sentença ou acórdão), que é quando a indenização se torna exigível.

II - Danos morais e estéticos. Juros. O marco inicial dos juros devidos em ações de indenização por danos morais e estéticos, decorrentes de acidente do trabalho ou doença ocupacional será a data do arbitramento do seu valor (sentença ou acórdão), pois não se pode considerar o devedor em mora antes da quantificação do valor.

Reformo parcialmente, para definir que a atualização monetária e os juros de mora, no tocante a indenização por danos morais, devem ser computados a partir da prolação da sentença”.

Em seu recurso, a reclamada sustenta que “o ônus da prova da conduta atribuída ao empregador ou a qualquer de seus prepostos pertence ao trabalhador prejudicado, eis que fato constitutivo do direito pretendido” (fl. 276). Afirma que “não fora provado e caracterizado



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

repetidas perseguições atentatórias ao direito do empregado a um saudável meio ambiente de trabalho, a caracterizar ASSÉDIO MORAL a ponto de excluí-lo ou levá-lo a pedir desligamento" (fl. 278). Alega violação do art. 927 do Código Civil. Transcreve arestos para confronto de tese.

À análise.

O assédio moral fica configurado quando há atos reiterados e abusivos, um processo discriminatório de situações humilhantes e constrangedoras.

No caso concreto, o Regional, soberano na análise da prova, manteve a sentença, por entender que ficou comprovado que o reclamante estava sujeito a tratamento humilhante e hostil no local de trabalho. Confira-se:

Na hipótese dos autos, ficou evidenciado que o autor foi tratado de forma humilhante pelo seu superior hierárquico, conforme se extrai das declarações da testemunha Rubens Scarati: "o chefe do depoente era o Sr. Vanderlei, sendo que por vezes o Sr. Vanderlei precisa de algumas peças e não ficavam prontas e chamava o reclamante de lerdo, burro" (fl. 283). Esse depoimento, ao contrário do que sugere a recorrente, não contém conteúdo vingativo; revela o comportamento inadequado do superior hierárquico.

Por outro lado, há responsabilidade inequívoca da empresa pelos danos morais sofridos pelo empregado, pois é seu o dever de zelar para que haja o ambiente de urbanidade e respeito no local de trabalho.

Note-se que o fato de o empregador ser omisso o torna responsável pela indenização, em razão de ser detentor do poder diretivo, fiscalizatório e disciplinar na relação empregatícia, com dever de censurar e até mesmo punir os empregados agressores.

Nesse sentido, citem-se os seguintes precedentes:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ASSÉDIO MORAL HORIZONTAL. PODER DIRETIVO, FISCALIZATÓRIO E DISCIPLINAR DO EMPREGADOR.



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

RESPONSABILIDADE PELA MANTENÇA DE AMBIENTE HÍGIDO DE TRABALHO. DANO MORAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DENEGATÓRIA. **O assédio moral pode ser vertical ou horizontal, ocorrendo este nas condutas ilícitas praticadas por colegas contra alguém. Ainda que não haja participação direta das chefias empresariais no assédio moral, preservando-se o assédio como tipicamente horizontal (colegas versus colegas), não desaparece a responsabilidade do empregador pela lesão causada, por ser inerente ao poder empregatício dirigir, fiscalizar e punir os participantes da organização empresarial dentro do estabelecimento. Se as agressões morais causadas eram corriqueiras, repetidas e generalizadas no estabelecimento de trabalho, sem censura e punição pelas chefias do empregador, este se torna responsável pela indenização correspondente, em razão de caber a ele a atribuição do exercício do poder diretivo, fiscalizatório e disciplinar na relação de emprego. Note-se que configura, sem dúvida, assédio moral a prática individual ou coletiva, por atos, palavras e silêncios significativos, de agressão ao patrimônio moral da pessoa humana, diminuindo desmesuradamente a autoestima e o respeito próprio da vítima escolhida, mormente quando fundada a agressão em característica física desfavorável da pessoa desgastada, de modo a submetê-la a humilhações constantes.** Embora ainda não tipificado na legislação federal trabalhista, o assédio moral e seus efeitos indenizatórios derivam diretamente da Constituição da República, que firma como seus princípios cardeais o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), à vida e à segurança (art. 5º, caput, CF), ao bem estar e à justiça (Preâmbulo da Constituição), estabelecendo ainda como objetivos fundamentais do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF), promovendo o bem de todos (art.3º, IV, ab initio, CF) e proibindo quaisquer formas de discriminação (art. 3º, IV, in fine, CF). Desse modo, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que ora subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR - 29000-59.2011.5.13.0006 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 23/05/2012, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/05/2012)



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

“RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE - INTERVALO INTRAJORNADA - CONCESSÃO PARCIAL - PAGAMENTO INTEGRAL. A concessão apenas parcial do intervalo intrajornada acarreta o pagamento total do período de intervalo, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. Incide a Súmula nº 437, I, do TST. Recurso de revista conhecido e provido. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA SEGUNDA-RECLAMADA - IESDE BRASIL S.A. - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ASSÉDIO MORAL - TRATAMENTO DESRESPEITOSO - LESÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE DA EMPREGADA. Para o deferimento de indenização por danos morais é necessária violação de algum dos valores imateriais do cidadão, como a honra, a imagem, o nome, a intimidade e a privacidade, que englobam os chamados direitos da personalidade. A referida indenização justifica-se nos casos em que há patente ofensa a direitos personalíssimos do trabalhador no curso da relação empregatícia ou dela decorrente. No caso, o Tribunal Regional deixou claro que a chefe da reclamante dispensava de forma habitual tratamento desrespeitoso, ofensivo e humilhante contra a autora. Tal situação viola direito da personalidade da obreira e enseja o pagamento de danos morais. Agravo de instrumento desprovido” (ARR - 3962700-60.2008.5.09.0007 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 29/10/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/12/2014)

Nesse contexto, considerando os fatos consignados no acórdão do Regional, de que a prova testemunhal comprovou o assédio moral sofrido pelo empregado, ao ser tratado de forma hostil e humilhante, não é possível concluir de modo contrário, pois seria necessário analisar o conjunto fático probatório dos autos, o que é vedado, nos termos da Súmula nº 126 do TST, cuja aplicação afasta a fundamentação jurídica invocada pela recorrente.

Não conheço.



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

1.3. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO

A Corte regional consignou:

“3. Base de cálculo do adicional de insalubridade

A julgadora deferiu diferenças do adicional de insalubridade, calculado "sobre o salário base do autor" (fl. 289).

A ré sustenta que a base de cálculo a ser utilizada é o salário mínimo. Diz que até o advento da Súmula vinculante 4 do STF e a alteração do texto da Súmula 228, do TST, não existia fundamento jurídico para o deferimento do adicional de insalubridade sobre o salário básico ou sobre o piso da categoria. Afirmar que a Súmula declarou a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo sem fixar outro critério e, por esta razão, o salário mínimo poderia continuar servindo de base de cálculo, até que norma legal ou convencional estabeleça outro critério. Sucessivamente, pede que seja fixada como base de cálculo do adicional de insalubridade o piso salarial da categoria profissional do recorrido.

Ficou incontroverso que a ré pagava o adicional de insalubridade em grau médio (20%) sobre o salário mínimo.

A definição da base de cálculo do adicional de insalubridade resolve-se pela interpretação da lei ordinária à luz da Constituição Federal, jamais pelo caminho inverso, qual seja, o de prestigiar a lei e minimizar o texto constitucional. Tudo que não permita viabilizar o regramento contido na Constituição é a ela contrário e não pode prevalecer.

É exatamente essa a hipótese do art. 192 da CLT à luz da ordem constitucional de 1988. Observe-se que o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal (XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;) estabelece que atividades perigosas ou insalubres asseguram adicional de remuneração. Assim, a parte do art. 192 da CLT que estabelecia o percentual sobre o salário mínimo sucumbiu, nesse particular, aos termos constitucionais ou, de acordo com moderna corrente doutrinária, deve ser interpretado conforme a Constituição. Deve-se, nessa esteira, interpretar a lei no sentido de que o salário mínimo ali referido é a remuneração, acrescida apenas das parcelas que representam contraprestação pelo trabalho.

Por essa razão, o entendimento deste Colegiado, até recentemente era de que a base de cálculo do adicional de insalubridade deve corresponder ao



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

salário básico contratual, acrescido das parcelas que a partir dele são calculadas, tais como o adicional por tempo de serviço, produtividade, gratificação de função etc., verbas que correspondem à contraprestação pelos serviços desenvolvidos mensalmente, à exceção de verbas nas quais o próprio adicional de insalubridade será considerado como verba componente da base de cálculo, a exemplo das horas extras.

Essa posição, no que se refere ao afastamento do salário mínimo legal como base de cálculo, parece encontrar apoio na Súmula Vinculante 4, do Supremo Tribunal Federal: "salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo da vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial".

De acordo com a Súmula, o salário mínimo não pode mais ser utilizado como base de cálculo do adicional de insalubridade. Passou-se a entender, de forma um pouco mais restritiva, que por aplicação analógica do § 1º do art. 193 da CLT, o adicional em debate deve ser calculado sobre o salário contratual do empregado, que é o mínimo devido ao trabalhador na relação contratual.

Entende-se, ainda, por questão de justiça, que não se justifica a adoção de critérios diversos para o adicional de periculosidade e o de insalubridade. Aquele, como é sabido, é calculado, no mínimo, sobre o salário contratual, podendo ser também sobre o conjunto da remuneração. Embora não se confunda trabalho em condições perigosas com trabalho em condições insalubres, há que se reconhecer que se tratam de situações semelhantes quanto aos prejuízos acarretados à saúde do trabalhador. Se, em condições perigosas, o dano não é imediato, pois, se verificaria a partir do momento em que a condição de perigo se consumasse, no caso da insalubridade a saúde do trabalhador é afetada a cada dia, pois as condições insalubres encontram-se presentes diuturnamente. Se há o risco, inclusive fatal, em uma única oportunidade nos ambientes perigosos, nos insalubres o risco, que também pode ser fatal, se apresenta de forma paulatina, ininterrupta e progressiva, exaurindo sua saúde vagarosamente. É sob este aspecto que se deve dispensar a um e a outro caso, tratamento isonômico, reconhecendo-se que a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário contratual mínimo do empregado.



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

Deve-se considerar, ainda, a dupla finalidade do adicional de insalubridade: compensar economicamente o trabalhador pela exposição ao agente insalubre e reprimir a conduta do empregador que expõe seus empregados a tais agentes. A obrigatoriedade do pagamento do adicional com base em patamar superior teria a função de estimular o empregador a implantar medidas para eliminação do risco. Adotar o salário mínimo como base de cálculo importaria em forma muito menos onerosa, o que fragilizaria os meios para alcançar pelo menos um dos objetivos do adicional, que é reprimir a conduta do empregador. O uso do mínimo contratual, em contrapartida pode atingir esse objetivo.

Perfilho entendimento de que, mesmo antes da edição da Súmula Vinculante 4 do STF a base de cálculo deveria ser, no mínimo, o salário do empregado, com fulcro no art. 7º, XXIII da CF e na impossibilidade de tratamento diverso entre os adicionais de periculosidade e insalubridade. Afasta-se, portanto, a alegação da ausência de norma legal. Pela mesma razão, não há que cogitar em atender o pedido sucessivo de observar o piso salarial da categoria do autor.

Na espécie dos autos, embora o Colegiado, agora com o posicionamento reformulado, entenda que a base de cálculo é o salário mínimo contratual, apenas é possível manter a sentença que determinou a apuração a partir do salário base do autor, sob pena de reforma para pior.

Mantenho”.

Em seu recurso, a reclamada sustenta que “a base de cálculo do adicional de insalubridade já esta pacificado pelo STF bem como pelo entendimento seguido pelo TST de que o salário mínimo deve ser a base de cálculo até seja regulamentado por lei” (fl. 283). Alega contrariedade à Súmula Vinculante nº 4 do STF. Transcreve arestos para confronto de teses.

À análise.

O segundo aresto colacionado à fl. 286, oriundo do TRT da 12ª Região, autoriza o conhecimento do recurso de revista, por divergência jurisprudencial, por apresentar tese contrária à do Tribunal Regional, de que, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, Firmado por assinatura digital em 02/09/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

a base de cálculo do adicional de insalubridade continua sendo o salário mínimo, conforme dispõe o art. 192, da CLT, não derogado pelo legislador constituinte.

Ante o exposto, conheço do recurso de revista, por divergência jurisprudencial.

1.4. INTERVALO INTRAJORNADA. ART. 384 DA CLT

O Regional registrou:

“5. Intervalo do artigo 384 da CLT

A ré insurge-se contra o deferimento de horas extras pela inobservância do intervalo previsto no artigo 384, da CLT. Entende que não se aplica ao autor a regra ali contida.

O art. 384, da CLT, que determina a concessão de intervalo à empregada, entre o término da jornada normal e o início da extraordinária (Art. 384. Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.), ingressou nesse texto legislativo com o intuito principal de oferecer proteção a uma situação desigual, que, por força do seu significado histórico e social não implica ofensa ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, I da Constituição). É, antes, a aplicação da justiça distributiva, já defendida por Aristóteles (“...tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais...”). Mas, se por outro lado, se coloca em discussão a igualdade de tratamento, diante de um princípio com a magnitude do princípio da isonomia o correto será defender a ampliação do alcance da norma do art. 384 a todos os trabalhadores, o que, aliás, já deveria ter ocorrido, dados os efeitos perversos do trabalho extraordinário. O que não parece correto é, em nome da igualdade, eliminar a proteção ao argumento de que atende apenas um segmento social.

Na verdade, ativar a aplicação desse comando da CLT pode mesmo ser enquadrado na categoria das ações afirmativas, poderoso instrumento de inclusão social constituído por medidas que visam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da isonomia não apenas formal, mas, substantiva, daqueles ainda considerados - e tratados - como grupos vulneráveis.



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

Por essas razões, entendo que, descumprido o comando do art. 384, aplica-se o disposto no art. 71, § 4º, ambos da CLT. Não faz sentido a existência de comando legal expresso, a determinar a concessão de determinado direito ao trabalhador e, em razão de nada constar, no mesmo dispositivo, se rejeite alguma forma de penalização, como a condenação em horas extras.

Quanto à integração do tempo de intervalo à jornada, observo que o entendimento jurisprudencial sofreu alteração, depois da Lei 8.923/1994. Até então, as repercussões jurídicas do desrespeito aos intervalos intrajornada diferiam em função da espécie de intervalo (se remunerado ou não remunerado). Assim, eram intervalos remunerados aqueles que se integravam à jornada do trabalhador para todos os efeitos; os intervalos não remunerados os que não compõem a jornada de trabalho. O descumprimento desses últimos configurava, até a edição da Lei 8.923/1994, mera infração administrativa. O diploma determinou a produção de efeitos remuneratórios também na situação específica de desrespeito a intervalos intrajornadas primitivamente não remunerados, independentemente de haver real acréscimo na jornada praticada pelo trabalhador. Assim, o artigo 71 da CLT recebeu o acréscimo do § 4º, em que consta a obrigação de remunerar o intervalo para repouso e alimentação não concedido pelo empregador com um acréscimo de, no mínimo, cinquenta por cento sobre o valor da hora normal de trabalho (DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002, p.906/907.) .

Mantenho”.

Em seu recurso, a reclamada sustenta que “o art. 384 da CLT foi revogado pela CF/88, e mesmo que não seja este o entendimento, ainda sim não tem aplicabilidade o art. 384 da CLT, no presente feito, eis que o empregado/Recorrido é do sexo masculino, quando referido dispositivo legal só é aplicável às mulheres” (fl. 288). Afirma que, “se superado os fundamentos de revogação do art. 384 da CLT, o que não se espera, de qualquer sorte este não tem aplicabilidade a presente demanda, eis que o Recorrido é do sexo masculino” (fl. 291). Alega violação do



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

art. 5º, I, da Constituição Federal. Transcreve arestos para confronto de teses.

À análise.

A controvérsia dos autos cinge-se em saber se, em face do princípio da isonomia, o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal.

Esta Corte, pelo seu Tribunal Pleno, analisou o Incidente de Inconstitucionalidade de nº IIN-RR-1540/2005-046-12-00.5, e afastou a alegação de inconstitucionalidade da norma de proteção ao mercado de trabalho da mulher, por entender que é justificada, diante das diferenças psicológica e fisiológica entre mulher e homem.

Nesse contexto, reporto-me aos fundamentos do incidente, a seguir transcrito:

"MULHER - INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT EM FACE DO ART. 5º, I, DA CF. 1. O art. 384 da CLT impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher. Pretende-se sua não-recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres decantada pela Carta Política de 1988 (art. 5º, I), como conquista feminina no campo jurídico. 2. A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres. Analisando o art. 384 da CLT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade (cfr. Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1 do TST). 3. O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (CF, art. 201, § 7º, I e II). A própria diferenciação temporal da



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

licença-maternidade e paternidade (CF, art. 7º, XVIII e XIX; ADCT, art. 10, § 1º) deixa claro que o desgaste físico efetivo é da maternidade. A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses finais da gestação, a um desgaste físico cada vez maior, o que justifica o tratamento diferenciado em termos de jornada de trabalho e período de descanso. 4. Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas a dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher. 5. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista rejeitado." (IIN-RR-1540/2005-046-12-00.5, Ministro Ives Gandra Martins Filho, Tribunal Pleno, DEJT 13/02/2009)

A observância do princípio da isonomia supõe igualar iguais na medida em que se igualam, e desigualar desiguais na medida em que se desigualam. Homens e mulheres, embora iguais em direitos e obrigações, diferenciam-se em alguns pontos, a exemplo do aspecto fisiológico, merecendo, assim, a mulher, um tratamento diferenciado quando o trabalho lhe exige um desgaste físico maior, como nas ocasiões em que presta horas extras, motivo por que faz jus ao intervalo de quinze minutos antes do início do período extraordinário.

Ademais, o art. 384 da CLT, recepcionado pela Constituição da República, faz parte do capítulo de proteção ao trabalho da mulher, o que traduz a vontade do legislador ordinário de restringir a aplicação do dispositivo à mulher, sem que se ofenda o princípio da

Firmado por assinatura digital em 02/09/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

isonomia, o que, com maior razão, exclui a possibilidade de extensão desse direito aos trabalhadores do sexo masculino.

Citem-se os precedentes:

"RECURSO DE REVISTA. INTERVALO PREVISTO NO ART. 384 DA CLT. PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER. TRABALHADOR DO SEXO MASCULINO. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, a disposição contida no art . 384 da CLT foi recepcionada pela Constituição Federal. Assim, homens e mulheres, embora iguais em direitos e obrigações, diferenciam-se em alguns pontos, especialmente, no que concerne ao aspecto fisiológico, merecendo, portanto, a mulher, tratamento diferenciado quando o trabalho lhe exige um desgaste físico maior, como nas ocasiões em que presta horas extras, razão pela qual somente elas têm direito ao intervalo de quinze minutos antes do início do período extraordinário. Recurso de revista conhecido e provido." (Processo: RR - 762-23.2012.5.03.0087 Data de Julgamento: 18/12/2013, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/01/2014)

"INTERVALO DE 15 MINUTOS PREVISTO NO ARTIGO 384 DA CLT PARA MULHERES ANTES DO LABOR EM SOBREJORNADA. CONSTITUCIONALIDADE. EXTENSÃO AOS HOMENS. IMPOSSIBILIDADE. O debate acerca da constitucionalidade do artigo 384 da CLT já não suscita discussão no âmbito desta Corte, que, por intermédio do julgamento do TST -IIN - RR-1.540/2005-046-12-00.5, ocorrido na sessão do Tribunal Pleno, no dia 17/11/2008, decidiu que o artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal. Homens e mulheres, embora iguais em direitos e obrigações, diferenciam-se em alguns pontos, a exemplo do aspecto fisiológico, merecendo, assim, a mulher um tratamento diverso quando o trabalho lhe exige um desgaste físico maior, como nas ocasiões em que presta horas extras. Na hipótese dos autos, o Regional acolheu o pedido formulado pelo reclamante, concluindo pela aplicabilidade do artigo 384 da CLT aos homens. Verifica-se, portanto, que o Regional, ao entender ser indevido o intervalo previsto no artigo 384 da CLT ao reclamante, trabalhador do gênero masculino, decidiu em consonância com o



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

princípio insculpido no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal e com a jurisprudência prevalecente no TST. Recurso de revista não conhecido." (Processo: RR - 1795-65.2011.5.09.0071 Data de Julgamento: 11/12/2013, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2013)

"INTERVALO DO ARTIGO 384 DA CLT. O STF, na apreciação da inconstitucionalidade do art. 384 da CLT, conforme incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista, consolidou a tese de que o referido dispositivo, ao garantir o intervalo de quinze minutos de descanso apenas à mulher, não ofende o princípio da igualdade, em face das desigualdades inerentes à jornada da trabalhadora em relação à do trabalhador. Recurso de revista não conhecido." (Processo: RR - 782-10.2011.5.04.0802 Data de Julgamento: 11/12/2013, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/12/2013)

"RECURSO DE REVISTA. INTERVALO DO ART . 384 DA CLT. EXTENSÃO AO TRABALHADOR DO SEXO MASCULINO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Hipótese em que o Tribunal Regional considerou extensível 'o direito ao intervalo em comento também para trabalhadores homens, em homenagem ao princípio da isonomia'. 2. Conforme decidido pelo Tribunal Pleno, ao julgamento do IIN-RR-1540/2005-046-12-00, -a igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres-. 3. Nessa senda, os preceitos albergados nos arts. 5º, I, e 7º, XXX, da Lei Maior não amparam a extensão do intervalo previsto no art . 384 da CLT ao trabalhador do sexo masculino, pois há justificativa razoável a legitimar o tratamento diferenciado conferido pela norma consolidada à mulher. Precedentes. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido." (Processo: RR - 100-25.2011.5.09.0670 Data de Julgamento: 27/11/2013, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/12/2013)



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

O Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento proferido no processo (RE) 658312, no dia 27/11/2014, divulgação no DJe em 9/2/2015, publicação em 10/2/2015), decidiu o tema com repercussão geral, firmando a tese de que "o artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi recepcionado pela Constituição da República de 1988. O dispositivo, que faz parte do capítulo que trata da proteção do trabalho da mulher, prevê intervalo de no mínimo 15 minutos para as trabalhadoras em caso de prorrogação do horário normal, antes do início do período extraordinário", confirmando, assim, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que a concessão de condições especiais à mulher não fere o princípio da igualdade contido no artigo 5º da Constituição Federal.

Nesse contexto, a decisão do TRT não observou corretamente o art. 5º, I, da Constituição Federal.

Conheço por violação.

1.5. HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRAJORNADA. LIMITAÇÃO AO ADICIONAL. NATUREZA JURÍDICA

O Tribunal Regional consignou:

“a- intervalo intrajornada

A ré alega que os controles de ponto demonstram que o intervalo era concedido e que não haveria que cogitar de desrespeito ao artigo 71, § 4º da CLT. Na hipótese de ser mantida a sentença, que invalidou os controles de ponto, pede que a condenação seja restrita ao adicional sobre o tempo suprimido e que se considere, ainda, invoca o caráter indenizatório da parcela. Sustenta que quando a supressão é parcial, é devido apenas o período não usufruído, sob pena de enriquecimento ilícito do empregado e bis in idem.

Mantida a sentença que invalidou os controles de ponto, não prospera o argumento de que esses documentos apontam a regular concessão dos intervalos.

Quanto à forma de remuneração do tempo suprimido ao intervalo mínimo legal deve-se considerar que, se o empregado não usufruiu o intervalo mínimo intrajornada, a única conclusão possível é que trabalhou



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

enquanto deveria descansar ou se alimentar. É o mesmo que ocorre quando a jornada é elástica, ao final: o empregado trabalha quando deveria estar em casa, repousando. Trata-se, à evidência, de tempo despendido em benefício do empregador, que deve receber a devida contraprestação: o valor da hora normal, porque houve trabalho, acrescido do adicional de horas extras, porque houve trabalho quando deveria haver pausa. Esta é a única conclusão a que se pode obter da redação do § 4º do art. 71 da CLT, que é expressa quanto à necessidade de remunerar e acrescentar essa remuneração de, no mínimo, 50% do valor da hora normal de trabalho, em procedimento idêntico ao adotado para a jornada extraordinária:

§ 4º. Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo cinquenta por cento sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

Entendo que a OJ 307 da SDI-1 do TST, a respeito do art. 71, § 4º, da CLT, deve ser interpretada em sua literalidade quando se refere ao pagamento total do período correspondente:

307. Intervalo Intra jornada (Para Repouso e Alimentação). Não Concessão ou Concessão Parcial. Lei nº 8.923/94. Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão total ou parcial do intervalo intra jornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT).

Prevalecia na Turma o entendimento de que o pagamento total seria do período correspondente ao que faltou para completar a pausa mínima. Todavia, reflexão mais detida sobre a matéria tornou evidente que não é essa a melhor leitura da Orientação ou do artigo 71, § 4º, da CLT quando se refere a período correspondente.

Quando o legislador estabelece um patamar mínimo para qualquer espécie de garantia, o que se deve entender é que, abaixo dele, nada existe que se possa valorar, para efeito de cumprimento à lei. É que se o legislador afirma que o mínimo de pausa necessário à recomposição das energias é de 15 minutos ou de uma hora, conforme a jornada, nada justifica considerar que o trabalhador consiga recompor-se com intervalo menor. O objetivo da lei, portanto, não foi cumprido e o infrator deve responder pelos danos



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

causados, o que só se faz pelo pagamento de tudo quanto era devido, sem computar aquele tempo fruído que, como se disse, ficou aquém do que se entende como mínimo indispensável para preservar a saúde do empregado.

Os reflexos são devidos, na medida em que se trata de salário. Portanto, afasta-se o argumento da ré de que a parcela detém natureza indenizatória. É elementar que trabalho prestado, em jornada normal ou extraordinária, deve ser remunerado economicamente. Por outro lado, se o empregado não usufrui do intervalo ou tem que voltar ao trabalho antes de usufruí-lo, é óbvio que sofrerá desgaste excessivo. Primeiro, por ter de trabalhar além da jornada normal e, segundo, por não poder descansar o suficientemente entre o término de uma jornada e o início de outra, devendo, por tal razão, ser remunerado pelo tempo suprimido, seja o intervalo intra ou entre jornada. Sobre o tema, pertinentes os julgados que seguem:

INTERVALO INTRAJORNADA. DESCUMPRIMENTO. HORA EXTRA. ART. 71, § 4º DA CLT. NATUREZA JURÍDICA. 1. Ostenta natureza salarial e, portanto, não indenizatória, a parcela prevista no art. 71, § 4º da CLT, com a redação conferida pela Lei nº 8.923/94, em virtude da não-concessão pelo empregador de intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação. Além de a própria Lei mandar remunerar tal período, está superada a doutrina clássica que conceituava salário estritamente como contraprestação de serviço. No caso, trata-se de remunerar como hora extra o tempo em que o empregado é privado de descanso essencial à recuperação das energias. Ademais, sempre que um trabalho é exigido do empregado em condições excepcionais, ou mais gravosas, a Lei cuida de penalizar o empregador impondo um sobre-salário que o desencoraje de tal prática deletéria à saúde do empregado (por exemplo, dobra salarial referente ao repouso semanal não usufruído). 2. Embargos conhecidos por divergência jurisprudencial e não providos. (TST - ERR 623838 - SBDI 1 - Rel. Min. João Oreste Dalazen - DJU 14.05.2004.)

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. INOBSERVÂNCIA DO INTERVALO INTRAJORNADA. ART. 71, § 4º, DA CLT. NATUREZA JURÍDICA - Têm natureza salarial os valores decorrentes da inobservância do intervalo para repouso e alimentação. Recurso a que se nega provimento. (TST - RR 660544 - 5ª T. - Rel. Min. Gelson de Azevedo - DJU 25.06.2004.)



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

Nada a reparar”.

Em seu recurso, a reclamada sustenta que, “quando a supressão é parcial, resta devido ao trabalhador apenas o período não usufruído, sob pena de enriquecimento ilícito e pagamento bis in idem” (fl. 294). Alega violação do art. 71, § 4º, da CLT e contrariedade à OJ nº 307 da SDI-1 do TST. Transcreve arestos para confronto de teses.

A decisão do Regional está em consonância com o entendimento desta Corte, preconizado na Súmula nº 437, itens I e III, da SBDI-1 deste Tribunal:

“INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

(...)

III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais”.

Nesse contexto, o conhecimento do recurso de revista encontra óbice na Súmula nº 333, de modo que fica afastada a divergência jurisprudencial e a alegação de ofensa a preceito de lei.

Não conheço.

2. MÉRITO

2.1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – BASE DE CÁLCULO

A utilização do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade após a promulgação da Constituição Federal



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

de 1988 tem sido objeto de intenso debate, não apenas na Justiça do Trabalho, como também no Supremo Tribunal Federal.

No âmbito da Suprema Corte, a jurisprudência esteve oscilante, até o julgamento do Processo RE-565714-SP, Relatora Ministra Carmem Lúcia, DJ 8/8/2008, no qual foi definitivamente reconhecida a inconstitucionalidade da utilização do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade. Entendeu a Suprema Corte que a norma do art. 7º, IV, da Constituição Federal objetiva que o salário-mínimo não seja utilizado como um fator de indexação, pois isso criaria um empecilho ao seu próprio reajuste, tendo em vista os aumentos gerais que decorreriam da vinculação. Essa situação obstaría, conforme reconheceu aquela Corte, a implementação da política salarial preconizada no dispositivo constitucional em questão. Em decorrência desse entendimento, foi editada a Súmula Vinculante nº. 4, publicada no DJ 9/5/2008, nos seguintes termos:

“Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário-mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.”

Logo em seguida, o Pleno desta Corte alterou a redação da Súmula nº. 228 do TST que, entretanto, teve sua eficácia suspensa pelo Ministro Presidente do STF, nos autos da Reclamação nº. 6.266-0/DF, *in verbis*:

“Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, em face da decisão proferida pelo Plenário do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que editou a Resolução nº 148/2008 e deu nova redação ao verbete nº 228 da Súmula daquele Tribunal (Súmula nº 228/TST), nos seguintes termos:

'ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº. 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo'.



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

Em síntese, a título de plausibilidade jurídica do pedido (fumus boni iuris), a reclamante sustenta que a nova redação da Súmula nº 228/TST conflita com a Súmula Vinculante nº 4 desta Corte, ao fixar o salário básico como base de cálculo do adicional de insalubridade.

No que tange à urgência da pretensão cautelar (periculum in mora), a reclamante alerta para a 'gravíssima insegurança jurídica', além de 'reflexos danosos e irreparáveis para os empregadores representados pela CNI' e 'a proliferação incontinenti de ações, já passíveis de ajuizamento desde a publicação da Resolução do Tribunal Superior do Trabalho nº 148/2008, que dá nova redação à Súmula nº 228' (fl. 08).

Passo a decidir.

O art. 7º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, dispõe que 'da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação'.

À primeira vista, a pretensão do reclamante afigura-se plausível no sentido de que a decisão reclamada teria afrontado a Súmula Vinculante nº 4 desta Corte:

'Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário-mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial'.

Com efeito, no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante nº 4 (RE 565.714/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Sessão de 30.4.2008 - Informativo nº. 510/STF), esta Corte entendeu que 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.

Dessa forma, com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante nº 4, este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário-mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade.

Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula nº 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante nº 4, porquanto permite a substituição do salário-mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa.

Ante o exposto, defiro a medida liminar para suspender a aplicação da Súmula nº 228/TST na parte em que permite a



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade.”

No julgamento do Processo STF-RE-565.714-SP, embora reconhecendo a **inconstitucionalidade da adoção do salário-mínimo** como base de cálculo do adicional de insalubridade, o STF concluiu por **não adotar nenhum novo parâmetro em substituição ao já utilizado**, até que **lei** regule a matéria. Naturalmente, a via da negociação coletiva também poderá ser utilizada, em especial diante da atual falta de regulamentação por parte do Poder Legislativo.

Nesse particular, não é demais esclarecer que o caso apreciado pelo STF no RE-565.714-SP dizia respeito a ação ordinária ajuizada pelos policiais militares do Estado de São Paulo, impugnando o art. 3º da Lei Complementar Estadual nº. 432/85, e postulando a modificação da base de cálculo do adicional de insalubridade até então adotada (dois salários-mínimos), de modo que fosse calculado sobre a remuneração (total dos vencimentos percebidos).

A proposta da relatora era a de que, não sendo possível a adoção do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, e igualmente não sendo viável o estabelecimento de outra base de cálculo via provimento jurisdicional, o cálculo do adicional deveria ter como base o equivalente ao total do valor de dois salários-mínimos vigentes quando transitou em julgado aquela decisão. Posteriormente, essa base de cálculo seria atualizada de acordo com a legislação estabelecida para a categoria.

Entretanto, nos debates que se seguiram, concluiu-se que esse critério seria prejudicial para os autores da ação, em relação àquele que vinha sendo observado pelo Estado de São Paulo - adoção de dois salários-mínimos como base de cálculo. Isso porque o salário-mínimo tem sido reajustado em percentuais mais elevados que o índice da inflação apurado em cada ano.



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

Diante dessa situação, não foi adotada a proposta original da Ministra relatora, de se dar provimento parcial ao recurso para fixar o novo parâmetro desvinculado do salário-mínimo. O Tribunal negou provimento ao recurso extraordinário, declarando a não recepção, pela Constituição Federal, do § 1º e da expressão "salário-mínimo", constante no caput do artigo 3º da Lei Complementar nº 432/1985, do Estado de São Paulo, fixando a impossibilidade de que haja alteração da base de cálculo em razão dessa inconstitucionalidade. Com essa solução, foi mantida a base de cálculo que vinha sendo utilizada naquele caso para o pagamento do adicional de insalubridade - dois salários-mínimos.

O pagamento do adicional de insalubridade é direito do trabalhador sujeito a condições insalubres, consagrado na atual Constituição Federal, em seu art. 7º, XXIII. O direito a esse adicional já era previsto na legislação infraconstitucional antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, e era paga nos termos do art. 192 da CLT, com base no salário-mínimo. O fato de o salário-mínimo não se amoldar à nova ordem constitucional como base de cálculo para a parcela, bem como a lacuna legislativa acerca da questão e a impossibilidade de fixação de base de cálculo por meio de decisão judicial, não pode implicar a pura supressão do pagamento desse direito. Essa solução - supressão do pagamento - afrontaria os princípios que regem o Direito do Trabalho, e o próprio sentido do art. 7º da atual Carta Política, que procurou garantir a inclusão dos direitos ali previstos no patrimônio jurídico dos trabalhadores como uma proteção mínima das suas relações de trabalho.

Não seria possível, conforme bem ressaltado nos debates que precederam a edição da Súmula Vinculante nº 4, que os trabalhadores buscassem o Poder Judiciário visando à melhoria de suas condições de trabalho (geralmente pretendendo o pagamento do adicional de insalubridade não pago, ou a majoração de sua base de cálculo), e recebessem um provimento jurisdicional prejudicial a seus interesses. Ou seja: além de não obterem o reconhecimento da procedência de seu pedido



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

quanto à base de cálculo, eventualmente terem suprimido o próprio direito ao adicional de insalubridade por falta de regulamentação.

Diante desse contexto, esta Corte Superior tem reconhecido a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público que adote o salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, nos termos da Súmula Vinculante nº. 4 do STF. Citem-se os seguintes precedentes:

“RECURSO DE EMBARGOS DA RECLAMADA - ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 11496/2007. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - SÚMULA VINCULANTE N.º 4 DO EXCELSE STF - SUSPENSÃO LIMINAR DA SÚMULA N.º 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 Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DJ de 06.03.2009).

“EMBARGOS - ACÓRDÃO PUBLICADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.496/2007 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO-MÍNIMO 1. O E. Supremo Tribunal Federal, por



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

meio da Súmula Vinculante n.º 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 n.º 228 do TST, em sua antiga redação. Embargos não conhecidos. (E-RR-1255/2002-079-15-00.6, relatora Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ de 06.03.2009) .

Assim, com amparo na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, e ante a falta de instrumento ou de lei que expressamente fixe base de cálculo diversa, permanece o salário-mínimo como parâmetro de cálculo do adicional de insalubridade.

Do exposto, dou provimento ao recurso de revista para determinar que o salário-mínimo seja utilizado para o cálculo do adicional de insalubridade.

2.2. INTERVALO ANTERIOR À PRORROGAÇÃO DA JORNADA. ART. 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Conhecido o recurso de revista por violação do art. 5º, I, da Constituição Federal, a consequência lógica é o seu provimento para incluir na condenação o pagamento das horas extras oriundas do intervalo do art. 384 da CLT.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista quanto aos temas "ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO", por
Firmado por assinatura digital em 02/09/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RR-147000-30.2009.5.09.0093

divergência jurisprudencial, e "INTERVALO ANTERIOR À PRORROGAÇÃO DA JORNADA. ART. 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL", por violação do art. 5º, I, da Constituição Federal, e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar que o salário-mínimo seja utilizado para o cálculo do adicional de insalubridade e para excluir da condenação o pagamento das horas extras oriundas do intervalo do art. 384 da CLT.

Brasília, 2 de Setembro de 2015.

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

KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA

Ministra Relatora

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1000FD5D502B1F89CB.