

ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O AGRAVAMENTO DA DOENÇA. DEFERIMENTO. O agravamento da saúde do trabalhador atrai a responsabilização do empregador, pois, mesmo que as condições de trabalho não constituam causa direta ou exclusiva de lesão sofrida pelo empregado, elas podem contribuir para seu agravamento, fazendo com que se equiparem a acidente de trabalho, nos termos do disposto no inc. I do art. 21 da Lei nº 8.213/1991, razão pela qual deve o empregador responder pelos danos materiais e morais experimentados pelo empregado se agiu com culpa concorrente.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da Vara do Trabalho de Araranguá, SC, sendo recorrente **DENISIA DA SILVA COSTA** e recorrido **LAR BENEFICENTE SÃO VICENTE DE PAULO**.

Na forma determinada pelo Regimento Interno deste Regional, adoto o relatório do Desembargador-Relator:

"Da sentença das fls. 324-336 que rejeitou os pedidos formulados na petição inicial da ação indenizatória e acolheu parcialmente os pedidos deduzidos na exordial da ação trabalhista, recorre a autora a esta Corte Revisora.

"A autora pede o reconhecimento de doença ocupacional (discopatia coluna lombar - hérnia de disco) e, em decorrência, a condenação da reclamada em pensão mensal, danos morais, materiais e reconhecimento de estabilidade acidentária. Requer a condenação da reclamada ao pagamento de horas extras, alegando a invalidade do regime de 12 x 36. Insurge-se contra a sentença na parte em que determinou a compensação dos valores das horas extras de forma global, independentemente do mês de contraprestação. Alega que os intervalos intrajornada não eram usufruídos. Pretende acrescer à condenação o pagamento de adicional de insalubridade, por contato com agentes químicos e biológicos prejudiciais à saúde. Argumenta que a base de cálculo do adicional de insalubridade deve ser o salário básico do empregado. Pede a condenação da ré ao pagamento das penalidades previstas nas normas coletivas a cada descumprimento, ou seja, mês a mês. Sustenta que por ser beneficiária da justiça gratuita deve ser isentada do pagamento dos honorários periciais.

"Embora intimada, a ré permaneceu silente.

"Por entender necessária a manifestação do Ministério Público do Trabalho nos presentes autos, determinei a remessa para parecer.

"O MPT opina pelo prosseguimento do feito.

"É o relatório."

V O T O

Conheço do recurso porque estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

M É R I T O

1 - DOENÇA OCUPACIONAL (DISCOPATIA COLUNA LOMBAR - HÉRNIA DE DISCO). PENSÃO MENAL. DANOS MORAIS. DANOS MATERIAIS E RECONHECIMENTO DE ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA

A controvérsia e o entendimento do Relator foram assim expostos:

"A autora pede o reconhecimento de doença ocupacional (discopatia coluna lombar - hérnia de disco) e, em decorrência, a condenação da reclamada em pensão mensal, danos morais, materiais e reconhecimento de estabilidade acidentária.

"A autora laborou por dois anos na reclamada, como faxineira.

"No laudo pericial das fls. 271-272, o perito médico, respondendo se o desenvolvimento de hérnia de disco pode ser considerado como "acidente do trabalho" afirmou que "Para ser considerado como acidente de trabalho é necessário que o trabalhador preste serviço por mais de 5

anos em locais de trabalho como por exemplo depósito de cimento no qual execute todo dia elevar pesos com mais de 50 quilogramas de maneira incorreta, isto é, elevando o peso da altura do solo com flexão da coluna vertebral. Além do mais a patologia hérnia disco coluna lombar (discopatia) tem etiologia variada. (fl. 273)

"No relato detalhado das atividades da autora feito no laudo técnico (referente ao adicional de insalubridade) restou registrado as atividades da autora:

As atividades habituais realizadas pela Sra. Denisia da Silva Costa no asilo Lar Beneficente São Vicente de Paulo em Araranguá, eram: a de faxineira e auxiliar de serviços gerais; na primeira atividade realizada a limpeza dos quartos, ambulatório, corredores, secretaria, banheiros, cozinha, refeitório, capela, áreas de lazer, pátio externo e escadas, utilizando vassoura, produtos de limpeza de uso comercial, panos úmidos e esfregão especial para banheiro, fazia a arrumação das camas e recolhia o lixo coletado para local específico. Na segunda como auxiliar de serviços gerais realizava: o auxílio na limpeza dos idosos, inclusive na troca de fraldas geriátricas, dava banhos naqueles com limitações de movimento, auxiliava a profissional de saúde em procedimentos ambulatoriais(sic), auxiliava os idosos com dificuldade de locomoção, auxiliava

no horário da refeição a preparação das mesas e os idosos com dificuldades de se alimentar, quando necessário auxiliava na preparação de pratos na cozinha e na limpeza da cozinhas e de seus apetrechos, auxiliava quando necessário as atividades na lavanderia e passadoria.”

“Portanto, não era exigido, a meu ver, o levantamento constante de peso razoável, como referido no laudo médico, de maneira que pudesse agravar a doença da autora.

“Não restou, assim, demonstrado o nexos causal entre as atividades da autora e o desenvolvimento ou agravamento da doença.

“Ante o exposto, nego provimento ao recurso nesse aspecto.”

No item, a maioria dos integrantes da Câmara adotou posicionamento distinto de S. Exa. Estes são meus fundamentos para a divergência:

Por primeiro, faço algumas considerações sobre o laudo pericial. De acordo com o que estabelece a Resolução nº 1.488/1998 do Conselho Federal de Medicina, a peça apresentada pelo Eng. Paulo Afonso Garcia Baran não poderia ser chamada de laudo já que não segue as considerações dessa Resolução.

O documento apresentado pelo *Expert* consiste-se de três folhas que registram somente respostas aos quesitos formulados, com mais uma folha juntada

posteriormente complementando as respostas anteriores. O Louvado lança algumas frases soltas, sem nenhuma fundamentação teórica ou pesquisa que as sustente, como por exemplo, de que: *para ser considerado como acidente de trabalho é necessário que o trabalhador preste serviço por mais de cinco anos em locais de trabalho [...] (fl. 273).*

Conforme a resolução do Conselho Federal de Medicina, o laudo que serviu de base para a decisão do Juízo de primeiro grau e também do Relator não se presta para o fim almejado.

Segundo a Resolução nº 1.488/1998 do Conselho Federal de Medicina, para estabelecer-se onexo causal entre uma doença e um trabalho e, via de consequência, também onexo de concausalidade, os fatores que devem ser considerados são os seguintes: a história clínica e ocupacional, decisiva em qualquer diagnóstico e/ou investigação de nexo causal; o estudo do local de trabalho; o estudo da organização do trabalho; os dados epidemiológicos; a literatura atualizada; a ocorrência de quadro clínico ou subclínico em trabalhador exposto a condições agressivas; a identificação dos riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos, estressantes e outros; o depoimento e a experiência dos trabalhadores; o conhecimento e as práticas de outras disciplinas e de seus profissionais, sejam ou não da área da saúde. A ausência de análise técnica acerca de requisitos dessa natureza impede o estabelecimento do nexo causal ou concausal.

O laudo pericial das fls. 271/273 e 289 constatou que a autora é portadora de discopatia da

coluna lombar e que não pode fazer esforços físicos nem levantar mais de 5kg. Embora de etiologia variada, o esforço, levantamento de peso e má postura podem causar essa doença.

A autora executava serviços gerais e auxiliava no banho dos pacientes. Segundo a testemunha ouvida (fl. 232-v) a tarefa de dar banho consistia em tirar o paciente cadeirante da cama e colocá-lo na cadeira e depois devolvê-lo à cama.

O réu alegou que a autora quando ingressou no seu quadro funcional já apresentava hérnia de disco, no entanto, os exames admissionais (fls. 69/70) nada atestam nesse sentido, indo ao encontro do depoimento da testemunha da autora, fl. 232-v, que informou que quando ingressou na ré a autora não reclamava de dores nas costas, mas que com o passar do tempo (dois ou três meses) isso começou a ocorrer. Nesse sentido, pode-se inferir que a autora era portadora da doença (vez que em 2 meses já começou a sentir dores), mas a patologia estava estabilizada (sem dores) e as atividades desempenhadas agravou sua moléstia, desencadeando as dores. Assim, tenho que a autora ingressou na ré sem dores ou limitação e foi afastada do trabalho por motivo de doença, agravada pelo desenvolvimento das suas tarefas.

Ressalto que, se a assertiva da ré de fato fosse verdade - de que sabia que a autora já estava doente -, ela não poderia tê-la colocado para desempenhar atividades de risco como a de levantar peso, residindo aí sua culpa igualmente.

O agravamento da saúde do trabalhador atrai a responsabilização do empregador, pois, mesmo que as condições de trabalho não constituam causa direta ou exclusiva de lesão sofrida pelo empregado, elas podem contribuir para seu agravamento, fazendo com que se equiparem a acidente de trabalho, nos termos do disposto no inc. I do art. 21 da Lei nº 8.213/1991, razão pela qual deve o empregador responder pelos danos materiais e morais experimentados pelo empregado se agiu com culpa concorrente.

Por estas razões, defiro o pleito de indenização por danos morais no importe de R\$ 10.000,00, posicionado para a data deste julgamento e pensão mensal de 30% da sua remuneração (com FGTS e com o terço constitucional de férias) até atestada a sua recuperação - estabilidade da hérnia e fim das dores - pelo Órgão Previdenciário. As parcelas vencidas serão pagas de uma só vez e as vincendas mensalmente, na data de pagamento dos funcionários da ré, com os aumentos legais e espontâneos concedidos aos seus empregados, como se funcionária fosse.

Indefiro o pleito de lucros cessantes e de constituição de capital social.

Diante do relatório apresentado pelo Perito, determina o Colegiado seja oficiado ao Conselho Regional de Medicina, Seccional de Santa Catarina, enviando-lhe cópia do laudo pericial e desta decisão, já que apresentado em desacordo com as determinação da Autarquia.

**2 - HORAS EXTRAS. REGIME DE 12 X 36.
DEZEMBRO DE 2009 A DEZEMBRO DE 2010**

O Desembargador-Relator assim expôs a controvérsia e o seu voto:

"A autora requer a condenação da reclamada ao pagamento de horas extras, alegando a invalidade do regime de 12 horas de trabalho por 36 de descanso no período de dezembro de 2009 a dezembro de 2010.

"O Magistrado de origem, considerando que no período de vigência do contrato de trabalho da autora, apenas em parte havia previsão para possibilidade de sistema de 12 x 36 horas, deferiu à autora, no período de 1º-12-2008 a novembro de 2009, período sem previsão normativa para possibilidade de sistema de 12 x 36 horas, o pagamento de horas extras excedentes da 8ª diária e 44ª semanal, de forma não cumulativa, entendendo inaplicáveis os itens III e IV da Súmula 85 do TST; bem como rejeitou o pedido em relação ao período de dezembro de 2009 a dezembro de 2010, pois consta dos autos norma coletiva vigente neste período prevendo a possibilidade de implantação do regime de 12 x 36 horas.

"Revendo posicionamento anteriormente adotado, entendo que o regime de compensação de horário implementado (regime 12 X 36 horas) não é válido, uma vez que não respeita os limites impostos por lei e pela Constituição.

"Como registrado acima, em relação ao período de dezembro de 2009 a dezembro de 2010, consta dos

autos norma coletiva prevendo a possibilidade de implantação do regime de 12 x 36 horas.

"Entretanto, ainda que se priorize o reconhecimento das convenções e acordos coletivos, por intermédio das disposições do inc. XIII do art. 7º da Constituição Federal, ou mais apropriadamente as do inc. XXVI, entendo que a norma convencional não pode restringir os direitos mínimos de proteção ao trabalho fixados na lei, especialmente aquelas que visam resguardar a saúde do trabalhador, como no caso dos limites diário de trabalho estabelecido no art. 59, § 2º, da CLT.

"O § 2º do art. 59 da CLT ao autorizar a flexibilização de jornada mediante acordo ou convenção coletiva não teve o propósito de exceder o parâmetro constitucional máximo estabelecido para a carga semanal.

"Assim, a única interpretação da norma compatível com a Constituição é a de que o mecanismo de compensação é possível, mas desde que a duração de trabalho não ultrapasse o limite de quarenta e quatro horas na semana.

"Assim, dou provimento ao recurso nesse item, para acrescer à condenação o pagamento de horas extras relativas ao período de dezembro de 2009 a dezembro de 2010, excedentes da 8ª diária e 44ª semanal, de forma não cumulativa, com adicional convencional ou legal (na sua falta), e reflexos em repouso semanais remunerados (sábados e domingos) e, com estes, em aviso-prévio, férias com o terço, décimos terceiros salários e FGTS com 40%.

No tópico, a maioria dos integrantes da Câmara adotou posicionamento distinto de S. Exa. e adotou os fundamentos desta Redatora, que são:

Entendo que o regime de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, quando regularmente levado a efeito, como na hipótese dos autos, é benéfico ao trabalhador, já que lhe proporciona tempo de descanso compatível com a jornada desempenhada, além de representar carga horária mensal inferior à prevista na Constituição Federal, sendo por isso legal.

Ademais, não está evidenciado nos autos a extrapolação habitual e significativa do regime de 12 x 36 horas, razão pela qual inexistente motivo para descaracterizá-lo.

É neste sentido a nova Súmula do TST, que ainda aguarda numeração.

JORNADA DE TRABALHO. ESCALA

12 POR 36. VALIDADE. É válida, em caráter excepcional, a jornada de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento do adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.

Nego provimento.

**3 - COMPENSAÇÃO DAS HORAS EXTRAS DE
FORMA GLOBAL**

Neste tópico, votei com o Excelentíssimo Relator, por isso são suas as razões para a decisão.

"A autora insurge-se contra a sentença na parte em que determinou a compensação dos valores das horas extras de forma global, independentemente do mês de contraprestação.

"Com razão.

"A dedução dos pagamentos realizados sob o mesmo título deve ser efetuada dentro do mês em que foi realizado o labor extraordinário, uma vez que a contraprestação efetuada em um mês não remunera a prestação de horas extras em outro.

"Portanto, correto é a determinação de que devem ser abatidos do valor devido aqueles já pagos sob o mesmo título, observando-se o mês de competência.

"Nesse sentido, já foi decidido por esta Turma:

HORAS EXTRAS. CRITÉRIO PARA APURAÇÃO MÊS A MÊS. A dedução dos valores pagos a título de horas extras no curso da contratualidade deve ser efetuada no

próprio mês em que houve o pagamento. Relatora Juíza Viviane Colucci Publicado no TRTSC/DOE em 05-02-2009.

“Portanto, dou provimento ao apelo nesse item para que a compensação das horas extras seja efetuada mês a mês.”

4 - INTERVALOS INTRAJORNADAS

Nos demais itens do recurso da reclamada, os fundamentos lançados são os do Desembargador-Relator, visto que deles comungo.

“Não merece qualquer retoque o julgado revisando porque o Juízo sentenciante apreciou com minudência a *quaestio* e com acerto aplicou o direito indeferindo o pedido de condenação do réu ao pagamento de horas extras intervalares, sob a seguinte fundamentação:

Postula a reclamante a condenação da reclamada ao pagamento dos intervalos intrajornada sonogados, na totalidade do tempo em que faz jus, acrescidos dos adicionais convencionais e de 100%, aos domingos e feriados, e reflexos. Sustenta que o período de descanso não era gozado integralmente, “porquanto a autora tinha que permanecer dentro das dependências do reclamado e à sua disposição, no período destinado ao referido descanso” (fl. 04).

A reclamada refuta a postulação, aduzindo, em síntese, que a reclamante usufruiu dos respectivos períodos de

descanso. Pugna pela improcedência da pretensão.

Na manifestação sobre a contestação e documentos, a reclamante impugna os controles de frequência nesse particular, asseverando que o intervalo intrajornada lá consignado não era efetivamente observado.

A testemunha Cátia Regina Santana Silveira informou que: [...] possuía intervalo para refeição e descanso das 12h00min às 13h00min; [...] a autora também usufruía o mesmo intervalo; [...] no horário de intervalo para descanso e refeição (12h00min às 13h00min) não era permitida a saída de todas as faxineiras ao mesmo tempo, e que se a depoente quisesse sair do estabelecimento deveria deixar a outra faxineira no local; [...] frequentemente a faxineira era chamada, mesmo durante o período de refeição para atendimento a algum idoso [...]. (fl. 232).

Diante do contexto probatório apresentado, não considero suficientemente demonstrada a ocorrência da sonegação do intervalo intrajornada. Isso porque, não há prova nos autos de que a reclamante, na qualidade de faxineira, efetivamente permanecia ou permaneceu, em alguma oportunidade, no estabelecimento da reclamada no horário destinado ao intervalo para repouso e

alimentação.

Por decorrência, considero que os controles de ponto são fidedignos, como meio de prova, para retratar os horários de intervalo para repouso e alimentação.

A reclamante, por sua vez, com base nos controles de ponto não apontou dias em que não desfrutou regularmente do intervalo intrajornada.

Por isso, rejeito o pedido constante no item "d" da petição inicial, fl. 06.

"Assim, mantenho a sentença de primeiro grau por seus próprios e jurídicos fundamentos."

5 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

"A autora objetiva o pagamento de adicional de insalubridade, alegando contato com agentes químicos e biológicos nocivos à sua saúde.

"O laudo pericial das fls. 307-311, concluiu que as atividades da autora não estavam enquadradas nos anexos da NR 15 da Lei nº 6.514/77.

"No laudo, à fl. 307, o Perito descreve minuciosamente as atividades da autora, *verbis*

3 - Detalhamento das atividades, análise qualitativa, análise quantitativa, tempo de exposição e insalubridade do requerente.

As atividades habituais realizadas pela Sra. Denisia da Silva Costa no asilo Lar

Beneficente São Vicente de Paulo em Araranguá, eram: a de faxineira e auxiliar de serviços gerais; na primeira atividade realizada a limpeza dos quartos, ambulatório, corredores, secretaria, banheiros, cozinha, refeitório, capela, áreas de lazer, pátio externo e escadas, utilizando vassoura, produtos de limpeza de uso comercial, panos úmidos e esfregão especial para banheiro, fazia a arrumação das camas e recolhia o lixo coletado para local específico. Na segunda como auxiliar de serviços gerais realizava: o auxílio na limpeza dos idosos, inclusive na troca de fraldas geriátricas, dava banhos naqueles com limitações de movimento, auxiliava a profissional de saúde em procedimentos ambulatoriais(sic), auxiliava os idosos com dificuldade de locomoção, auxiliava no horário da refeição a preparação das mesas e os idosos com dificuldades de se alimentar, quando necessário auxiliava na preparação de pratos na cozinha e na limpeza da cozinhas e de seus apetrechos, auxiliava quando necessário as atividades na lavanderia e passadoria. Nas atividades usuais tinha contato com: produtos químicos utilizados nos materiais de limpeza de marca comercial; com agentes biológicos proveniente da limpeza de sanitários, limpeza de idosos, trocas de fralda geriátrica e do traslado de lixo doméstico, podendo

ocasionalmente ter contato com agentes patológicos proveniente de algum interno ou funcionário que estivesse com alguma doença contagiosa, ainda não diagnosticada, os idosos com suspeitas de doenças infecto-contagiosas eram transferidos e tratados em hospital. As atividades habituais analisadas no asilo Lar Beneficente São Vicente de Paulo em Araranguá realizadas por Denisia da Silva Costa, não estão especificados como insalubre pela NR 15 da Lei nº 6.514/77. Ocasionalmente pode ter ficado exposta a agentes insalubres, quando das atividades na lavanderia e na cozinha, na lavanderia a ruído gerado pelas diversas máquinas com intensidade de até 89 dB/A e na cozinha quando adentravam em câmara fria com temperatura inferior a 10°C, atividades estas ocasionais, não era habitual e não era intermitente." (laudo - fls. 307-308).

"Segundo a dicção do art. 190 da CLT, compete ao Ministério do Trabalho a aprovação do *quadro das atividades e operações insalubres* e a adoção de *normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.*

"Nesse passo, o Anexo 14 da NR-15 da Portaria nº 3.214/1978 relaciona as atividades que envolvem

agentes biológicos, cuja insalubridade é caracterizada pela avaliação qualitativa.

"Transcrevo, por oportuno, a parte d
conteúdo da Portaria que se relaciona à hipótese:

INSALUBRIDADE EM GRAU MÁXIMO

Trabalhos ou operações, em contato permanente, com:

- pacientes em isolamento por doenças infecto-contagiosas, bem como objetos de seu uso, não previamente esterilizados;
- carnes, glândulas, vísceras, sangue, ossos, couros, pêlos e dejeções de animais portadores de doenças infectocontagiosas (carbunculose, brucelose, tuberculose);
- esgotos (galerias e tanques); e,
- lixo urbano (coleta e industrialização).(Grifei)

"Primeiramente, há registrar que, nos termos do laudo pericial e do depoimento do preposto, a demandada admitiu que a autora realizava a limpeza de sanitários.

"Apesar de a autora ter referido que usava luvas para a higienização de pacientes (luvas de procedimento) durante o depoimento da primeira testemunha, entendo que o fornecimento de EPIs deve ser comprovado por prova documental em função de atestar o número suficiente, enquanto a prova oral destina-se à exigência e fiscalização

do uso. A ré não se desincumbiu do ônus da prova nos termos do art. 818 da CLT e 333 do CPC, já que a meu ver, a declaração da fl. 206, não constitui prova de recebimento de EPIs por parte da autora, porquanto firmada apenas pela enfermeira responsável pelo setor de enfermagem da reclamada e não pela autora.

"Diante da leitura mais detida dos efeitos decorrentes da atividade de limpeza de banheiros, principalmente de pias e aparelhos sanitários, mantenho o meu convencimento de que nesta função o trabalhador se expõe a fontes de contágio porque aos utensílios se agregam facilmente vários tipos de microorganismos, capazes transmitir infecções diversas.

"Consoante já manifestei meu entendimento em processos anteriores, a atividade de retirada dos papéis higiênicos utilizados, dos cestos ou mesmo do piso dos banheiros caracteriza uma das primeiras etapas de coleta de lixo urbano e, conforme NR-15 Anexo 14, fica perfeitamente caracterizada a insalubridade em grau máximo.

"Da análise do referido anexo torna-se clara a possibilidade de a atividade da autora ser enquadrada como insalubre em grau máximo, pois existente o contato de forma permanente e potencial com lixo urbano.

"Registro que a propagação do agente biológico se dá não só pelo contato, mas, sobretudo, pelas vias aéreas (inalação), donde se conclui que o fornecimento de luvas, a par de não haver comprovação de que eram

efetivamente fornecidas, mesmo que fossem fornecidas, não seria suficiente para eliminar os efeitos dos agentes insalubres.

"Ademais, na atividade de troca de fraldas e ajuda nos banhos dos pacientes que as utilizam, a trabalhadora esteve exposta às excreções humanas, que para serem consideradas insalubres não apenas advêm de pacientes portadores de doenças infecto-contagiosas, mas sim de qualquer pessoa que não esteja em boas condições de saúde, apesar de não apresentar sinais clínicos que possam identificar a doença.

"Nestes termos, dou provimento ao recurso da autora neste particular para condenar a demandada ao pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo, calculado sobre o salário-base, com reflexos nas horas extras, no repouso semanal remunerado, nos feriados trabalhados, nas férias, na gratificação natalina e no FGTS com a indenização compensatória de 40%. Juros e correção monetária na forma da lei. Autorizo a retenção dos descontos previdenciários pelo regime competência ao encargo do réu e do imposto de renda pelo regime de caixa ao encargo da autora, invertendo-se o ônus do pagamento dos honorários periciais referentes ao laudo das fls. 307-311, relativo à insalubridade.

6 - BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

"No que se refere à base de cálculo, pede a recorrente seja calculado o adicional de

insalubridade sobre o seu salário básico, e não sobre o salário-mínimo.

“Com razão a autora.

“Na medida em que o inc. IV do art. 7º da Constituição da República veda a vinculação do salário-mínimo para qualquer fim, o art. 192 da CLT, na parte em que estabelece esse patamar como base de cálculo do adicional referido, por certo não foi recepcionado pela Constituição.

“De qualquer sorte, o inc. XXIII do art. 7º do Texto Constitucional, ao assegurar um adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, já fixou um parâmetro de cálculo para a parcela.

“Com efeito, a previsão constitucional é de que o adicional de insalubridade incide sobre a remuneração do empregado, não havendo qualquer lacuna decorrente do texto da Lei Maior.

“A par do disposto no inc. IV do art. 7º da CF, a impossibilidade de adoção do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade já está sedimentada com a edição da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

Salvo os casos previstos na Constituição Federal, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. Em que pese a celeuma

existente em torno dos efeitos dessa súmula, entendo que ela não tem o condão de inviabilizar ao Juiz o poder jurisdicional, assim como a prerrogativa da parte de ver reconhecido o seu direito fundamental de ter calculado o adicional de insalubridade sobre o valor da sua remuneração.

“Entendimento diverso implicaria malferir diretamente os princípios constitucionais do acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV) e do direito adquirido (art. 5º, inc. XXXVI).

“Não se deve olvidar ainda que as *normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata* (art. 5º, §1º, da CF) e que o direito ao adicional de insalubridade é um direito fundamental, na medida em que está relacionado no rol dos direitos sociais (art. 7º, da CF). Trata-se de garantir um direito consagrado do trabalhador que se expõe aos efeitos de agentes insalubres no exercício de suas atividades e em prol do seu empregador.

“Por essa razão, cabe ao julgador, nos feitos que lhe são submetidos, fixar o acréscimo salarial valendo-se das disposições do art. 7º, inc. XXIII, da CF que garante ao trabalhador sujeito a agentes insalubres um adicional de remuneração.

“Mesmo que se entendesse pela omissão da Carta de 1988 no que refere à base de cálculo do adicional em comento, o Juiz não poderia se eximir da

prestação jurisdicional a pretexto de existir lacuna ou obscuridade na lei. A propósito, a teor do disposto no art. 126 do CPC, *No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.*

"Nesse contexto, a única interpretação da Súmula Vinculante nº 4 compatível com a Constituição, no tocante à sua parte final, é de que ela não veda a substituição pelo Juízo do parâmetro de cálculo de vantagem atribuída ao empregado, o que ela veda é a substituição judicial do salário mínimo em espécie quando utilizado para sua finalidade própria, qual seja a de garantir a contraprestação salarial básica ao trabalhador.

"Ademais, a parte final da referida súmula, que não permite a substituição do salário-mínimo, extrapola a finalidade da Súmula Vinculante, na medida em não tem por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, quando houver divergências entre órgãos judiciários. Também não alcança sua finalidade maior que é a de pacificar as controvérsias que acarretem insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas (art. 2º, § 1º, da Lei nº 11.417/2006), já que sua redação suscitou dúvidas e debates no meio jurídico e, inclusive, nos Tribunais.

"Essa exegese de cunho sistemático e teleológico amolda-se, inclusive, à mais singela das interpretações, qual seja a gramatical.

"Perceba-se, a propósito, que a Súmula

nº 04 tem por conteúdo um período composto por coordenação, ou seja, um período que é formado por duas orações sintaticamente completas, equivalentes. Considerando que num período composto por coordenação as orações são independentes entre si, a compreensão da Súmula poderia muito bem constituir orações absolutas autônomas, de forma que a expressão *nem ser substituído por decisão judicial* é suficiente, por si só, e equivalente à expressão *o salário mínimo não pode ser substituído por decisão judicial*.

“Concluo, portanto, que a expressão “nem ser substituído por decisão judicial” não se refere à base de cálculo de vantagens concedidas a empregados ou servidores públicos, mas sim ao vocábulo *salário mínimo* que, de acordo com as regras de sintaxe, funciona como sujeito das orações.

Em verdade, a tese de que o salário-mínimo até então utilizado como base de cálculo de verba trabalhista não poder ser substituído por decisão judicial, além de fazer exsurgir as inconstitucionalidades já apontadas, tornaria impraticável a própria Súmula Vinculante, já que ele continuaria sendo utilizado como parâmetro e o Judiciário estaria impossibilitado de ajustar as situações fáticas à lei.

“No mais, tendo em vista que o adicional de periculosidade incide sobre a remuneração do empregado, é impositivo que se adote a mesma forma de cálculo para o adicional de insalubridade, porquanto ambos os acréscimos salariais decorrem da mesma regra constitucional (art. 7º, inc. XXIII) e caracterizam regras

de medicina e segurança do trabalho.

"Por esses fundamentos, dou provimento ao recurso nesse aspecto para determinar que o adicional de insalubridade seja calculado sobre a remuneração base da empregada."

7 - PENALIDADES PREVISTAS NAS NORMAS COLETIVAS A CADA DESCUMPRIMENTO, OU SEJA, MÊS A MÊS

"Pede a autora a condenação da ré ao pagamento das penalidades previstas nas normas coletivas a cada descumprimento, ou seja, mês a mês.

"Não lhe assiste razão.

"A norma coletiva invocada pela autora assim está redigida, fl. 21-v, *verbis*

MULTA - OBRIGAÇÃO DE FAZER

As empresas que descumprirem as cláusulas desta Convenção Coletiva de Trabalho estarão sujeitas a multa equivalente a 10% (dez por cento), acrescidos de correção monetária, a incidir sobre a remuneração dos empregados prejudicados, das custas processuais e honorários advocatícios. Os valores das penalidades aplicadas reverterão em favor do Sindicato dos Trabalhadores na renúncia pelos empregados.

§ Único: A multa prevista no caput não se aplica ao descumprimento de cláusulas com

penalidade própria.

"Como se depreende da leitura da norma acima transcrita, a penalidade não está prevista para ser aplicada renovando-se mês a mês.

"Nego provimento ao recurso nesse item."

8 - HONORÁRIOS PERICIAIS

"Um laudo se refere a insalubridade e outro a doença ocupacional.

"Considerando a reforma da sentença quanto ao adicional de insalubridade, nos termos lançados, inverte-se o ônus da sucumbência, atribuindo-se à demandada o pagamento dos honorários do Perito, no valor já estipulado, pois compatível com a complexidade do trabalho elaborado.

"Com relação ao laudo médico, referente a doença ocupacional, o Julgador de origem deferiu à autora os benefícios da justiça gratuita, à exceção dos honorários periciais cujas perícias foi sucumbente, uma vez que possui créditos a receber nesta ação.(fl. 333, sentença) e que a autora arcasse com o pagamento dos honorários periciais, fixados em R\$ 600,00 para cada perito (médico e técnico), a serem corrigidos a partir do protocolo dos laudos das fls. 271 e 307, determinando que tais honorários fossem deduzidos dos créditos a serem recebidos nestes autos.

"O benefício da assistência judiciária

gratuita concedido à autora lhe confere o direito à isenção de pagamento dos honorários periciais (art. 3º, inc. V, da Lei nº 1.060/1950 e art. 790-B da CLT).

“Assim, o pagamento desse encargo deverá ser satisfeito pela União, nos termos fixados pela Resolução nº 35/2007, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

“Registro que deixo de aplicar a Portaria deste Tribunal por entender que excede os termos da lei.

“Dou provimento ao recurso para isentar a autora do pagamento de honorários periciais relativo à perícia médica, que deve ficar a cargo da União e para atribuir à demandada o pagamento dos honorários periciais referente ao laudo técnico de insalubridade.”

No item, Sua Excelência ficou vencida com relação aos honorários periciais porque a maioria da Câmara, isentando a autora do pagamento, entendeu por bem atribuí-los também à reclamada, já que ela foi sucumbente no objeto da perícia¹.

Pelo que,

ACORDAM os membros da 1ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO**. No mérito, por maioria de votos, vencido, parcialmente, o Desembargador-

¹ Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita

Relator, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para deferir o pleito de danos morais no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), posicionado para a data deste julgamento; pensão mensal de 30% (trinta por cento) da sua remuneração (com FGTS e 1/3 de férias) até atestada a sua recuperação - estabilidade da hérnia e fim das dores - pelo Órgão Previdenciário. As parcelas vencidas serão pagas de uma só vez e as vincendas mensalmente, na data de pagamento dos funcionários da ré, com os aumentos legais e espontâneos concedidos aos seus empregados, como se funcionária fosse; para que a compensação das horas extras seja efetuada mês a mês; condenar a demandada ao pagamento do adicional de insalubridade em grau máximo, calculado sobre o salário-base, com reflexos nas horas extras, no repouso semanal remunerado, nos feriados trabalhados, nas férias, na gratificação natalina e no FGTS com a indenização compensatória de 40% (quarenta por cento). Juros e correção monetária na forma da lei. Autoriza-se a retenção dos descontos previdenciários pelo regime de competência ao encargo do réu e do imposto de renda pelo regime especial ao encargo da autora, invertendo-se o ônus do pagamento dos honorários periciais referentes ao laudo das fls. 307-311, relativo à insalubridade, para determinar que o adicional de insalubridade seja calculado sobre a remuneração base da empregada; para isentar a autora do pagamento de honorários periciais relativos a perícia médica e ao laudo técnico de insalubridade, ficando ambos ao encargo da ré. Determinar seja oficiado o Conselho Regional de Medicina, Seccional de Santa Catarina, enviando-lhe cópia do laudo pericial das folhas 271/273 e 289, já que apresentado em desacordo com as determinação da Autarquia. Arbitrar o valor provisório à

condenação em R\$ 19.000,00 (dezenove mil reais).

Custas de R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais), na forma da lei.

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Participaram do julgamento realizado na sessão do dia 12 de setembro de 2012, sob a Presidência do Desembargador Jorge Luiz Volpato, a Desembargadora Águeda Maria L. Pereira e o Juiz Convocado Roberto Basilone Leite. Presente a Procuradora do Trabalho Teresa Cristina D. R. dos Santos.

ÁGUEDA MARIA LAVORATO PEREIRA

Redatora