



A C Ó R D ã O
(4ª Turma)
GMCB/dms

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE.

1. REGIME DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. 12 X 36. FERIADOS. PAGAMENTO EM DOBRO. PROVIMENTO.

Este colendo Tribunal Superior firmou o entendimento no sentido de que o empregado sujeito ao regime de 12 horas de trabalho por 36 de descanso faz jus à dobra salarial relativa ao labor realizado nos feriados. Inteligência da Súmula n° 444.

Ademais, o artigo 9° da Lei n° 605/49 busca assegurar ao trabalhador o direito ao repouso em datas comemorativas específicas, estando tal norma intimamente ligada à medicina e segurança do trabalho.

Na hipótese, o Tribunal Regional entendeu que, diante da legalidade do regime de compensação 12x36, não havia como deferir o pagamento de trabalho realizado em feriados, uma vez que o referido sistema de jornada já se presta a compensar o labor realizado nesses dias.

Com isso, manteve a sentença que indeferiu o pedido de pagamento em dobro, nos dias em que o reclamante trabalhou em feriados.

A referida decisão, como visto, viola o artigo 9° da Lei n° 605/49, estando contrária a jurisprudência pacífica desta Corte Superior.

Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

2. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. MINUTOS QUE ANTECEDEM A JORNADA. NÃO CONHECIMENTO.

A Corte Regional consignou que não ficou comprovada a alegada



PROCESSO N° TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

sobrejornada efetivamente realizada e não quitada, circunstância imprescindível para a demonstração do fato constitutivo do direito autoral, com relação ao pleito de pagamento de horas extraordinárias no que tange aos minutos que antecedem a jornada de trabalho.

Assim, não se verifica a incorreta distribuição do ônus da prova, mas sim a ausência de prova do fato constitutivo do direito da reclamante, nos exatos termos dos artigos 818 da CLT e 373, I, do NCCP. **Recurso de revista de que não se conhece.**

3. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. BASE DE CÁLCULO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ANUÊNIO. PROVIMENTO.

Considerando as disposições contidas no artigo 457 da CLT, nas Súmulas n° 203 e 264 e na Orientação Jurisprudencial n° 47 da SBDI-1, o anuênio e o adicional de insalubridade, por possuírem natureza salarial, devem ser incluídos na base de cálculo das horas extraordinárias. **Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.**

4. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE N° 4. SALÁRIO MÍNIMO. UTILIZAÇÃO ATÉ EDIÇÃO DE LEI OU NORMA COLETIVA. NÃO CONHECIMENTO.

Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, esta Corte Superior firmou entendimento de que o salário mínimo continua sendo utilizado no cálculo do adicional de insalubridade, até que lei ou norma coletiva de trabalho estipule outra base para a apuração da referida verba. Precedentes.

Nesse contexto, a decisão do Tribunal Regional que determinou que o adicional de insalubridade fosse



PROCESSO N° TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

calculado sobre o salário mínimo está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, incidindo o óbice ao processamento do recurso de revista o entendimento contido na Súmula n° 333 e no artigo 896, § 7°, da CLT.

Recurso de revista de que não se conhece.

5. FGTS. VERBAS SALARIAIS DEFERIDAS. CARÁTER ACESSÓRIO. INCIDÊNCIA. PROVIMENTO.

Nas parcelas postuladas na demanda trabalhista, que não foram pagas, o FGTS assume caráter acessório e, sendo assim, reconhecido o direito do autor quanto ao principal, o FGTS deverá incidir sobre as verbas salariais deferidas. Precedentes.

Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

6. HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS. NÃO CONHECIMENTO.

A Orientação Jurisprudencial n° 348 da SBDI-1 revela-se impertinente, por se referir à base de cálculo dos honorários advocatícios, matéria diversa da presente hipótese, em que se discute os requisitos para a concessão.

Ademais, a alegação, nas razões do recurso de revista, de afronta às Leis n°s 5.584/70 e 7.510/86, sem a indicação expressa do dispositivo supostamente violado, impossibilita o conhecimento do recurso de revista. Incidência da Súmula n° 221.

Recurso de revista de que não se conhece.

7. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. SENTENÇA TRABALHISTA. QUOTA PARTE DO EMPREGADO. NÃO CONHECIMENTO.

Consoante o atual entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, é do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições



PROCESSO N° TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial.

Ademais, resta pacificado que a culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias não exime a responsabilidade do empregado pelo pagamento do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte. Inteligência da Súmula n° 368, II.

Recurso de revista de que não se conhece.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028**, em que é Recorrente **VOLNEI MORAIS DA SILVA** e Recorrido **UNIMED DE JOINVILLE - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO...**

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, mediante o v. acórdão de fls. 588/598, decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário interposto pelo reclamante e, no mérito, negar-lhe provimento.

O reclamante interpõe recurso de revista, buscando a reforma da decisão recorrida (fls. 602/613).

Despacho de admissibilidade (fls. 614/615).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 618/631).

O d. Ministério Público do Trabalho não oficiou nos autos.

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

1.1. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS



PROCESSO N° TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, passo ao exame dos pressupostos intrínsecos.

1.2. PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

1.2.1. REGIME DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. 12 X 36. FERIADOS. PAGAMENTO EM DOBRO.

O egrégio Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante, ora recorrente.

Para tanto, adotou os seguintes fundamentos:

“FERIADOS

Pugna o recorrente pelo pagamento em dobro do trabalho realizado nos dias de feriado.

Sem razão.

Constatada a legalidade do regime de compensação de horário, não vejo como deferir ao demandante o pagamento do trabalho eventualmente realizado nos feriados. A compensação própria do regime adotado entre as partes presta-se, também, para compensar o labor realizado nos feriados.

Nesse sentido, colho precedentes deste Regional:

(...)

Confirmando, portanto, a sentença, e nego provimento ao recurso, no particular.” (fls. 591/592 - numeração eletrônica)

Inconformado, o reclamante interpõe recurso de revista ao argumento de que a prestação de trabalho em regime de 12x36 não excluiria o descanso obrigatório nos feriados.

Indica divergência jurisprudencial, contrariedade à Súmula n° 146 e violação do artigo 9° da Lei n° 605/49.

O recurso alcança conhecimento.

Este colendo Tribunal Superior firmou o entendimento no sentido de que o empregado sujeito ao regime de 12



PROCESSO N° TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

horas de trabalho por 36 de descanso faz jus à dobra salarial relativa ao labor realizado nos feriados.

Esse foi o posicionamento que prevaleceu nos debates realizados durante a 2ª Semana do Tribunal Superior do Trabalho, em que foi alterada a sua jurisprudência, com a edição da Súmula n° 444:

“DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

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

Inferre-se desse verbete que, conquanto seja possível a submissão do trabalhador a tal regime, não se pode retirar-lhe o direito ao pagamento em dobro dos feriados laborados.

Ademais, o artigo 9º da Lei n° 605/49 busca assegurar ao trabalhador o direito ao repouso em datas comemorativas específicas, estando tal norma intimamente ligada à medicina e segurança do trabalho.

Na hipótese, o Tribunal Regional entendeu que, diante da legalidade do regime de compensação 12x36, não havia como deferir o pagamento de trabalho realizado em feriados, uma vez que o referido sistema de jornada já se presta a compensar o labor realizado nesses dias.

Com isso, manteve a sentença que indeferiu o pedido de pagamento em dobro, nos dias em que o reclamante trabalhou em feriados.

A referida decisão, como visto, viola o artigo 9º da Lei n° 605/49, estando contrária a jurisprudência pacífica desta Corte Superior.



PROCESSO Nº TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

Assim, **conheço** do recurso de revista.

1.2.2. HORAS EXTRAS. JORNADA DE TRABALHO.

O egrégio Tribunal de origem negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante, ora recorrente.

Para tanto, adotou os seguintes fundamentos:

“HORAS EXTRAS. LABOR ANTECEDENTE AO INICIO DA JORNADA DE TRABALHO

Sustenta o recorrente que lhe é devido o pagamento de horas extras decorrentes de 15 minutos laborados antes do início da jornada pactuada, bem como de seus reflexos.

Contrapõe-se ao fundamento lançado na sentença, de que não se desincumbiu do ônus da prova de suas alegações, renovando as amostragens já afastadas pelo julgador a quo.

Alega, ainda, que a reclamada, em sua defesa, admitiu jamais ter quitado os referidos minutos como hora extra.

Examino.

Registro, de plano, ao contrário do que alega o recorrente, que **a reclamada rechaça a assertiva obreira de que não houve quitação dos minutos laborados antes do início da jornada de trabalho.** Quando da contestação do pedido, argumentou que ‘há de salientar que a reclamada quitou as extras referente aos minutos que antecederam, a jornada como extras, conforme recibos de pagamento anexos com adicional de 50%.

Nesse contexto, posto também que **a reclamada juntou cartões-ponto e recibos de pagamento, cabia ao autor demonstrar a realização de trabalho em sobrejornada.**

No entanto, conforme consta dos fundamentos da sentença, assim não o fez.

Isso porque o recorrente **limitou-se a apontar datas em que teria iniciado a jornada antes do horário contratual sem contudo, apresentar demonstrativo da alegada sobrejornada efetivamente realizada e não quitada, considerando os intervalos, compensações e pagamentos efetuados a essa rubrica.**



PROCESSO N° TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

De modo que, nos termos do artigo 818, da CLT, e inciso I, do artigo 333, do CPC, deve recair sobre o recorrente o ônus de provar a veracidade de sua pretensão.

Desse encargo, não se desvencilhou.

Assim sendo, nego provimento.” (fls. 588/589 -
numeração eletrônica) (grifou-se)

Inconformado, o reclamante interpõe recurso de revista ao argumento de que teria demonstrado as diferenças a título de horas extraordinárias não quitadas, além de afirmar que a reclamada teria confessado que jamais pagou os minutos em questão como extraordinários.

Indica violação dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC/73.

O recurso não alcança conhecimento.

Conforme registrado pelo Tribunal Regional, não ficou comprovada a alegada sobrejornada efetivamente realizada e não quitada, circunstância imprescindível para a demonstração do fato constitutivo do direito autoral, com relação ao pleito de pagamento de horas extraordinárias no que tange aos minutos que antecedem a jornada de trabalho.

Assim, não se verifica a incorreta distribuição do ônus da prova, mas sim a ausência de prova do fato constitutivo do direito da reclamante, nos exatos termos dos artigos 818 da CLT e 373, I, do NCPC (333, I, do CPC/1973).

Não conheço.

1.2.3. BASE DE CÁLCULO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. INTEGRAÇÃO DO ANUÊNIO E DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.

A Corte Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante.

Para tanto, adotou os seguintes fundamentos:



PROCESSO N° TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

“BASE DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS. INTEGRAÇÃO DO ANUÊNIO E DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Não obstante a postulação inicial ter incluído o pedido de pagamento de diferenças decorrentes da base de cálculo das horas extras quitadas durante a contratualidade, fica prejudicado o julgamento, no particular, porquanto as razões recursais limitam o pedido às horas extras postuladas na ação, as quais remanesceram indeferidas.

Nego provimento.” (fls. 592/5593 da numeração eletrônica)

Inconformado, o reclamante aduz que as parcelas anuênio e adicional de insalubridade deveriam ser incluídas na base de cálculo das horas extraordinárias.

Indica violação do artigo 457, § 1º, da CLT e contrariedade à Súmula n° 264 e à Orientação Jurisprudencial n° 47 da SBDI-1.

O recurso alcança conhecimento.

Considerando as disposições contidas no artigo 457 da CLT, nas Súmulas n° 203 e 264 e na Orientação Jurisprudencial n° 47 da SBDI-1, o anuênio e o adicional de insalubridade, por possuírem natureza salarial, devem ser incluídos na base de cálculo das horas extraordinárias.

Eis o teor da jurisprudência consolidada:

“Súmula n° 203 do TST

GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. NATUREZA SALARIAL (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A gratificação por tempo de serviço integra o salário para todos os efeitos legais.”

“Súmula n° 264 do TST

HORA SUPLEMENTAR. CÁLCULO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A remuneração do serviço suplementar é composta do valor da hora normal, integrado por parcelas de natureza salarial e acréscido do adicional



PROCESSO N° TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

previsto em lei, contrato, acordo, convenção coletiva ou sentença normativa.”

“47. HORA EXTRA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO (alterada) – Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008

A base de cálculo da hora extra é o resultado da soma do salário contratual mais o adicional de insalubridade.”

Assim, **conheço** do recurso de revista por contrariedade à Súmula n° 264.

1.2.4. BASE DE CÁLCULO. DIFERENÇAS DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.

Quanto ao tema, a egrégia Corte Regional assim decidiu:

“BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Insiste o recorrente na adoção do salário contratual ou, sucessivamente, do piso salarial da categoria, como base de cálculo para o adicional de insalubridade.

A pretensão obreira não encontra respaldo legal.

Em 09-05-2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n° 4, 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.

Em face dessa nova diretriz, por força da Resolução n° 148/2008 do Pleno do TST, na sessão realizada em 26-6-2008, com publicações nos dias 4 e 7-7-2008 e republicações nos dias 8, 9 e 10-7-2008, foi alterada a Súmula n° 228 para a seguinte redação:



PROCESSO N° TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante n° 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

Em 5-8-2008 foi publicada a decisão da Reclamação n° 6266, julgada em 15-7-2008, da lavra do Exmo. Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Supremo Tribunal Federal, em que ficou determinada, em caráter liminar, a suspensão da aplicação da Súmula n° 228 do TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade.

Ora, até que se edite uma nova lei dispondo a respeito da base de cálculo do adicional de insalubridade, mantém-se o critério fixado no art. 192 da CLT, ou seja, deverá o indigitado adicional ser calculado com base no salário mínimo.

Nesse sentido, é remansosa a jurisprudência desta Corte Regional:

(...)

Mesmo após a Súmula Vinculante n° 4 do STF, a base de cálculo do adicional de insalubridade continua sendo o salário mínimo.

Ressalto que a Súmula n° 17 do TST, inclusive já cancelada, preconizava o entendimento de que ‘o adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado’.

Referia-se, pois, apenas aos trabalhadores que têm profissões legalmente regulamentadas (médicos, dentistas e engenheiros, por exemplo), com salário profissional estabelecido por lei, sentença normativa ou convenção coletiva, o que não é o caso dos autos.

Ante todo o exposto, nego provimento.” (fls. 593/596 – numeração eletrônica) (grifou-se)

Inconformado, o reclamante interpõe recurso de revista ao argumento de que a base de cálculo do adicional de insalubridade deveria ser o salário base contratual ou, sucessivamente, o normativo da categoria profissional.



PROCESSO N° TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

Indica contrariedade à Súmula n° 228 e divergência jurisprudencial.

O recurso não merece conhecimento.

O entendimento desta colenda Corte Superior a respeito da matéria encontrava-se consubstanciado na Orientação Jurisprudencial n° 2 da SBDI-1, e nas Súmulas n° 17 e 228.

Ocorre que, após longos debates sobre a possibilidade de se adotar o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade de que trata o artigo 192 da CLT, porquanto vedada pela parte final do inciso IV do artigo 7° da Constituição Federal, o excelso Supremo Tribunal Federal, já na sistemática da repercussão geral, editou a Súmula Vinculante n° 4, publicada em 09.05.2008, de seguinte teor:

“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”

É certo que a Súmula Vinculante n° 4 tratou a matéria de forma genérica, ao utilizar a expressão “ou de empregado”. Ou seja, assentou ser inconstitucional a utilização do salário mínimo como indexador de base de cálculo de qualquer vantagem, sejam aquelas próprias dos servidores públicos ou as regidas pelo Direito do Trabalho.

Dada a obrigatória observância, pela judicatura, do teor das Súmulas Vinculantes editadas pela Suprema Corte, a Justiça do Trabalho viu-se compelida a rever a jurisprudência já assentada e buscar uma solução jurídica possível para a interpretação do artigo 192 da CLT.

Assim, o Tribunal Pleno desta colenda Corte Superior editou a Resolução n° 148/2008, modificando a redação da Súmula n° 228 e cancelando a Súmula n° 17 (decisão publicada em 04.07.2008).

Em 15.07.2008, todavia, o Ministro Gilmar Mendes, no exercício da Presidência do excelso Supremo Tribunal Federal,



PROCESSO N° TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

concedeu liminar nos autos da Reclamação n° 6.266/DF, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, suspendendo a aplicação da nova Súmula n° 228, na parte em que permitia a utilização do salário básico no cálculo do adicional de insalubridade.

Na oportunidade, ficou registrado:

“(…) Com efeito, no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante n° 4 (RE 595.714/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Sessão de 30.4.2008 - Informativo n° 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 ficado **na Súmula Vinculante n° 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 n° 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante n° 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa.” (destaque e grifo nossos)

Veja que a solução dada pelo Excelentíssimo Ministro do excelso Supremo Tribunal Federal na referida liminar baseou-se no princípio da segurança jurídica e teve por finalidade evitar que as partes sejam surpreendidas com um parâmetro para o cálculo do adicional de insalubridade, sem que haja lei expressamente disposta nesse sentido.

Depreende-se da leitura da decisão liminar que, embora reconhecida a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como indexador da base de cálculo de vantagens de servidor público ou de empregado, somente o Poder Legislativo estaria autorizado a deliberar sobre novo parâmetro. Dessa forma, não se poderia permitir a substituição da base de cálculo do adicional de



PROCESSO N° TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

insalubridade por decisão judicial, sob pena de incorrer o Poder Judiciário em vedada atuação como legislador positivo.

Ademais, não foi fixado, no texto da Súmula Vinculante n° 4, parâmetro específico a ser usado como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Então, ante a necessidade de adequação jurisdicional ao teor da Súmula Vinculante n° 4, não pode ser outra a solução da controvérsia senão a permanência da utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, até que sobrevenha legislação específica dispondo em outro sentido ou até que as categorias interessadas se componham em negociação coletiva para estabelecer a base de cálculo aplicável ao adicional em questão.

A propósito, a compreensão aqui esposada encontra respaldo em reiteradas decisões do excelso Supremo Tribunal Federal, dentre as quais destaco as seguintes:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. LEI COMPLEMENTAR 432/85 DO ESTADO DE SÃO PAULO. NÃO-RECEPÇÃO. CONGELAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA BASE DE CÁLCULO VIGENTE ATÉ QUE SEJA EDITADA LEI DISCIPLINANDO A QUESTÃO. ALEGADA LEI SUPERVENIENTE. FATO NOVO. ARTIGO 462 DO CPC. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Os embargos de declaração opostos objetivando reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. (Precedentes: Pet 4.837-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 14.3.2011; Rcl 11.022-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 7.4.2011; AI 547.827-ED, rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJ 9.3.2011; RE 546.525-ED, rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 5.4.2011). 2. Ao Poder Judiciário não é



PROCESSO Nº TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

dado atuar como legislador positivo, razão pela qual, a despeito da impossibilidade de vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo ante a vedação constitucional, deve ser mantida essa base de cálculo até que seja editada lei disciplinando a questão. Precedentes: AI 714.188-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 31/01/2011; RE 597.910-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 23/02/2011; AI 344.269-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 06/08/2009; e RE 463.635-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe de 09/10/2008. (...) 5. Agravo regimental desprovido.” (ARE 670497 ED, Ministro LUIZ FUX, 1ª Turma, publicado em 19.11.2012) (destaque e grifo nossos);

“EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. LEI COMPLEMENTAR Nº 432/85 DO ESTADO DE SÃO PAULO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE Nº 4. PRECEDENTES. 1. O Plenário do STF, não obstante ter reconhecido a proibição constitucional de vinculação de qualquer vantagem de servidor público ou empregado ao salário mínimo (art. 7º, inciso IV, da CF), decidiu pela impossibilidade da modificação da base de cálculo do adicional de insalubridade pelo Poder Judiciário, dada a vedação de este atuar como legislador positivo (Súmula Vinculante nº 4). 2. Agravo regimental não provido.” (RE 551455 AgR, Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, publicado em 09.03.2012) (destaque e grifo nossos);

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. INCONSTITUCIONALIDADE. MODIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO BENEFÍCIO POR DECISÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - Tendo em vista a impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, apesar de reconhecida a inconstitucionalidade da vinculação do adicional de



PROCESSO N° TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

insalubridade ao salário mínimo, essa base de cálculo deve ser mantida até que seja editada nova lei que discipline o assunto. Precedentes. II - Agravo regimental improvido” (AI n° 714.188/RS-AgR, Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, publicado em 01.02.2011).

Na mesma trilha, a jurisprudência desta colenda Corte Superior tem sido sólida no entendimento de que o salário mínimo continua sendo utilizado para o cálculo do adicional de insalubridade, até que lei ou norma coletiva de trabalho estipule outra base para a apuração da referida verba, afastando-se a aplicação de qualquer outro parâmetro em substituição ao salário mínimo.

Acerca da matéria, os seguintes precedentes:

“RECURSO DE REVISTA. (...) 7. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE N° 4. SALÁRIO MÍNIMO. UTILIZAÇÃO ATÉ EDIÇÃO DE LEI OU NORMA COLETIVA. PROVIMENTO. Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, esta Corte Superior firmou entendimento de que o salário mínimo continua sendo utilizado no cálculo do adicional de insalubridade, até que lei ou norma coletiva de trabalho estipule outra base para a apuração da referida verba. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-708200-09.2009.5.09.0019, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 20/03/2020);

“RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014. 1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO (ARTIGO 192 DA CLT). SÚMULA VINCULANTE 4 DO STF. Conforme a jurisprudência sedimentada no âmbito desta Corte, prevalece, quanto ao debate relativo à base de cálculo do adicional de insalubridade, a compreensão da Excelsa Corte, consubstanciada nos termos da Súmula Vinculante 4, explicitada por seu Presidente (Reclamação Constitucional 6.266/DF, DJE 144, divulgado em 4/8/2008)-, segundo a qual deve ser



PROCESSO N° TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

adotado o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, até a edição de lei ou norma coletiva em contrário, independentemente da existência de salário profissional ou piso salarial (Reclamações Constitucionais nos 6266, 6725, 6513, 6832, 6833, 6873 e 6.831). No caso, o entendimento do Tribunal Regional, de que a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário básico do empregador está em dissonância com o entendimento desta Corte Superior. Recurso de revista conhecido e provido. (...)” (Processo: RR - 796-50.2013.5.04.0017 Data de Julgamento: 20/09/2017, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/09/2017);

“RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N° 13.015/2014. (...) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE N° 4 DO STF. Conquanto o Supremo Tribunal Federal, por intermédio da Súmula Vinculante n° 4, tenha vedado a utilização do salário mínimo como parâmetro para cálculo do adicional de insalubridade e a sua substituição por decisão judicial, também concedeu medida liminar para suspender a aplicação da Súmula n° 228 desta Corte na parte em que permite a utilização do salário básico para o mesmo fim. Assim sendo, enquanto não editada lei ou norma coletiva que defina base de cálculo diversa, permanece a utilização do salário mínimo. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.(...)” (Processo: RR - 333-21.2011.5.04.0101 Data de Julgamento: 13/09/2017, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/09/2017);

“RECURSO DE REVISTA. (...) ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE N.º 4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada no dia 30/4/2008, aprovou a Súmula Vinculante n.º 4, consagrando entendimento no sentido de que "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



PROCESSO N° TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

decisão judicial". 2. O Exmo. Presidente da Excelsa Corte, ao conceder liminar na Reclamação n.º 6.266, suspendeu a aplicação da Súmula n.º 228 do Tribunal Superior do Trabalho na parte em que determinava a incidência do adicional de insalubridade sobre o salário básico. 3. Ante a impossibilidade de adoção de outra base de cálculo para o adicional de insalubridade por meio de decisão judicial, impõe-se manter a sua incidência sobre o salário mínimo, até que a incompatibilidade seja sanada mediante lei ou norma coletiva. 4. Recurso de Revista conhecido e provido. (...)” (Processo: RR - 132700-86.2008.5.03.0086 Data de Julgamento: 20/09/2017, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/09/2017);

“RECURSO DE REVISTA(...)ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA VINCULANTE 4 DO STF. Enquanto não editado preceito de lei ou aprovada negociação coletiva que discipline expressamente a base de cálculo do adicional de insalubridade, impõe-se a manutenção do salário-mínimo como seu indexador. Orientação decorrente da decisão proferida pelo STF no julgamento da Medida Cautelar na Reclamação 6.266-0/DF, oportunidade em que a Excelsa Corte suspendeu a aplicação da Súmula 228 do TST, na parte em que determinava a incidência do adicional de insalubridade sobre o salário-básico. Recurso de revista conhecido e provido. (...)” (Processo: RR - 820-25.2011.5.09.0562 Data de Julgamento: 27/09/2017, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/09/2017)

Nesse contexto, a decisão do Tribunal Regional que determinou que o adicional de insalubridade fosse calculado sobre o salário mínimo está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, incidindo o óbice ao conhecimento do recurso de revista o entendimento contido na Súmula n.º 333 e no artigo 896, § 7º, da CLT.

Não conheço.



PROCESSO N° TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

1.2.5. FGTS. INCIDÊNCIA EM PARCELAS DEFERIDAS.

No particular, a egrégia Corte Regional assim decidiu:

“Resta prejudicada a análise do recurso quanto à base de cálculo das horas extras, uma vez que o pedido recursal limita-se às horas extras postuladas na ação, as quais restaram indeferidas. Igualmente, fica prejudicado o pedido, de reflexos das horas extras no FGTS, honorários assistenciais e descontos previdenciários e fiscais.

[...]

REFLEXOS NO FGTS

Fica prejudicado o julgamento do pedido de reflexos das verbas postuladas no FGTS pela inexistência de condenação do principal.” (fl. 596 - numeração eletrônica)

Inconformado, o reclamante aduz nas razões recursais que “a incidência do FGTS sobre as verbas de cunho remuneratório acima postuladas decorre de imposição legal” (fl. 611 - numeração eletrônica)

Indica violação dos artigos 7º, III, da Constituição Federal, 10, I do ADCT e 15 da Lei nº 8.036/90.

O recurso alcança conhecimento.

Nas parcelas postuladas na demanda trabalhista, que não foram pagas, o FGTS assume caráter acessório e, sendo assim, reconhecido o direito do autor quanto ao principal, o FGTS deverá incidir sobre as verbas salariais deferidas.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“RECURSO DE REVISTA. (...). 7. FGTS. VERBAS SALARIAIS DEFERIDAS. CARÁTER ACESSÓRIO. INCIDÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. Nas parcelas postuladas na demanda trabalhista, que não foram pagas, o FGTS assume caráter acessório e, sendo assim, reconhecido o direito do autor quanto ao principal, o FGTS deverá incidir sobre as verbas salariais deferidas. Precedentes. Recurso de revista de que não se conhece. (...)” (RR-147-76.2013.5.09.0654, 4ª



PROCESSO Nº TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 06/12/2019).

“(…)FGTS. DIFERENÇAS. CARÁTER ACESSÓRIO. O caráter acessório da condenação do FGTS, que decorre do deferimento de verbas de natureza salarial - caso concreto - , atrai a inclusão das diferenças consectárias. Com isso, confere-se efetividade à regra do art. 92 do Código Civil, na medida em que inexistente condenação do acessório sem existência do principal. Recurso de revista não conhecido. (…).” (Processo: RR - 855-44.2010.5.09.0004 Data de Julgamento: 06/12/2017, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/12/2017)

“(…) FGTS. Não há falar em exclusão da condenação ao pagamento de diferenças do FGTS, porquanto não houve exclusão das verbas salariais deferidas. Incólume o artigo 92 do Código Civil. (…).” (Processo: AIRR - 21672-82.2015.5.04.0202 Data de Julgamento: 22/08/2018, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/08/2018)

“(…)6. FGTS. Mantida a condenação quanto ao pagamento de horas extras, não se viabiliza o recurso pela ofensa ao artigo 92 do CC. Recurso de revista não conhecido. (…).” (Processo: RR - 584-54.2012.5.09.0654 Data de Julgamento: 25/05/2016, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/05/2016)

Ante o exposto **conheço** do recurso de revista por violação do artigo 15 da Lei nº 8.036/90.

1.2.6. HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS.



PROCESSO N° TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

Quanto ao tema, o egrégio Tribunal Regional assim decidiu:

“HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS

Fica prejudicado, também, o julgamento do pedido de honorários assistenciais pela total improcedência dos pedidos.” (fl. 596 - numeração eletrônica)

Inconformado, o reclamante, ora recorrente, aduz que faria jus aos honorários assistenciais, por ter preenchido os requisitos das Leis n°s 5.584/70 e 7.510/86, uma vez que lhe foram concedidos os benefícios da justiça gratuita, além de possuir credencial sindical. Indica contrariedade à Orientação Jurisprudencial n° 348 da SBDI-1.

O recurso não alcança conhecimento.

A Orientação Jurisprudencial n° 348 da SBDI-1 revela-se impertinente, por se referir à base de cálculo dos honorários advocatícios, matéria diversa da presente hipótese, em que se discute os requisitos para a concessão.

Ademais, a alegação, nas razões do recurso de revista, de afronta às Leis n°s 5.584/70 e 7.510/86, sem a indicação expressa do dispositivo supostamente violado, impossibilita o conhecimento do recurso de revista. Incidência da Súmula n° 221.

Não conheço.

1.2.7. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. RESPONSABILIDADE. REGIME DE COMPETÊNCIA. JUROS DE MORA.

No tocante ao tema, a egrégia Corte Regional assim decidiu:

“DESCONTOS PEVIDENCIÁRIOS E FISCAIS

Por fim, resta prejudicado o julgamento do pedido, de responsabilização exclusiva da reclamada pelos recolhimentos previdenciários e fiscais que seriam devidos sobre as verbas postuladas,



PROCESSO N° TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

ante a inexistência de condenação.” (fl. 597 - numeração eletrônica)

Inconformado, o reclamante interpõe recurso de revista ao argumento de que seria do empregador a responsabilidade direta pela quitação das parcelas devidas ao INSS, não descontadas na época própria.

Aduz que deveria ser “determinado, para tanto, o regime de competência (Lei n° 10.035/00) e atualização, como fato gerador da obrigação, a data da prestação do serviço (parágrafo 2°, do art. 43, da Lei 8.212/91, com nova redação dada pela Lei n° 11.941/09), a partir da sua vigência”, acrescentando que deveria ser atribuída à reclamada “a responsabilidade pelos recolhimentos de ambas as contribuições previdenciárias (cotas patronal e do empregado).” (fl. 612 - numeração eletrônica).

Requer, sucessivamente, que “seja atribuído exclusivamente à Recorrida a responsabilidade pelo pagamento dos juros e da multa porventura Incidentes sobre todas as contribuições previdenciárias devidas” (fl. 612 - numeração eletrônica).

Sustenta, ainda, que sejam excluídos da base de cálculo do IRRF, os valores apurados a título de juros de mora.

Alega contrariedade à Orientação Jurisprudencial n° 400 da SBDI-1, violação dos artigos 33, § 5° da Lei n° 8.212/91, 12-A da Lei n° 7.713/88 e 43, § 2°, da Lei n° 8.212/91.

O recurso não alcança conhecimento.

Consoante o atual entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, é do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial.

Ademais, resta pacificado que a culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias não exime a responsabilidade do empregado pelo pagamento do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte.

Nesse sentido a Súmula n° 368, item II, de seguinte teor:



PROCESSO Nº TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

“S 368. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS. IMPOSTO DE RENDA. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO RECOLHIMENTO. FORMA DE CÁLCULO. FATO GERADOR (aglutinada a parte final da Orientação Jurisprudencial nº 363 da SBDI-I à redação do item II e incluídos os itens IV, V e VI em sessão do Tribunal Pleno realizada em 26.06.2017) - Res. 219/2017, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017

(...)

II - É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultantes de crédito do empregado oriundo de condenação judicial. A culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias, contudo, não exime a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte. (ex-OJ nº 363 da SBDI-1, parte final)

(...).” (grifou-se)

No mais, como se observa do v. acórdão, o egrégio Tribunal Regional apenas considera prejudicada a análise do “juízo de julgamento do pedido, de responsabilização exclusiva da reclamada pelos recolhimentos previdenciários e fiscais” (fl. 597 - grifou-se), não havendo menção quanto ao fato gerador da contribuição previdenciária ou à base de cálculo do IRRF, não estando, portanto, prequestionadas referidas questões. Incidência da Súmula nº 297.

Por fim, encontra-se desfundamentado o pedido sucessivo formulado pelo reclamante, uma vez que não indicou nenhuma violação de lei, contrariedade à Súmula ou à Orientação Jurisprudencial ou, ainda, trouxe arestos para cotejo de teses.

Assim, não **conheço** do recurso de revista.

2. MÉRITO.

2.1. REGIME DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. 12 X 36. FERIADOS. PAGAMENTO EM DOBRO.



PROCESSO Nº TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

Em face do conhecimento do recurso de revista, por ofensa ao artigo 9º da Lei nº 605/49, seu provimento é medida que se impõe.

Diante do exposto, **dou provimento** ao recurso de revista para condenar a reclamada ao pagamento, em dobro, dos dias feriados laborados na escala do regime 12 X 36, nos termos da Súmula nº 444.

2.2. BASE DE CÁLCULO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. INTEGRAÇÃO DO ANUÊNIO E DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.

Em vista do conhecimento do recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 264, **dou provimento** ao recurso de revista para determinar que sejam incluídos na base de cálculo das horas extraordinárias deferidas o anuênio e o adicional de insalubridade.

2.3. FGTS. INCIDÊNCIA EM PARCELAS DEFERIDAS.

Conhecido o recurso de revista por violação do artigo 15 da Lei nº 8.036/90, corolário lógico é o seu **provimento** para determinar a incidência das horas extraordinárias deferidas no FGTS.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista apenas quanto aos temas "Regime de compensação de jornada. 12 x 36. Feriados. Pagamento em dobro", "Base de cálculo. Horas extraordinárias. Integração do anuênio e do adicional de insalubridade" e "Fgts. Incidência em parcelas deferidas", por ofensa ao artigo 9º da Lei nº 605/49, contrariedade à Súmula nº 264 e violação do artigo 15 da Lei nº 8.036/90, respectivamente, e, no mérito, dar-lhe provimento, para condenar a reclamada ao pagamento, em dobro, dos dias feriados laborados na escala do regime 12 X 36,



PROCESSO N° TST-RR-5213-93.2010.5.12.0028

nos termos da Súmula n° 444; determinar que sejam incluídos na base de cálculo das horas extraordinárias deferidas o anuênio e o adicional de insalubridade e; determinar a incidência das horas extraordinárias deferidas no FGTS.

Brasília, 2 de junho de 2021.

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

CAPUTO BASTOS
Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 10042B63294224D42E.