



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GUSTAVO PAOLUCCI CASCAPERA COSTA PINTO

A BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

**BARBACENA
2011**

GUSTAVO PAOLUCCI CASCAPERA COSTA PINTO

A BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Nelton José Araujo Ferreira.

**BARBACENA
2011**

Gustavo Paolucci Cascapera Costa Pinto

A base de cálculo do adicional de insalubridade

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Nilton José Araújo Ferreira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Me. Edson Gonçalves Tenório Filho
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Fernando Antônio Mont`Alvão do Prado
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aprovada em _____/_____/_____

RESUMO

Em primeiro momento, demonstrou-se a existência de trabalhos considerados insalubres e a necessária intervenção do Ministério do Trabalho e Emprego nessa questão. Em seguida, pacificou-se o entendimento da importância da aplicação de um adicional de insalubridade que, pela Consolidação das Leis do Trabalho, deve ser calculado com base no salário-mínimo, o que por muito tempo não foi objeto de discussão. Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, que trouxe em seu texto a impossibilidade de se vincular qualquer vantagem aos empregados com base no salário-mínimo, tal situação gerou enorme debate no meio jurídico, sendo certo que juízes e Tribunais firmavam diversos posicionamentos, trazendo grande instabilidade ao Poder Judiciário. Com o intuito de resolver tal discussão, foi editada a Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal, determinando que o salário-mínimo não pode ser utilizado como base de cálculo de vantagem para empregados, excetuando-se os casos previstos na Constituição do Brasil. Claramente, por ser uma Súmula Vinculante, tal determinação trouxe grande repercussão, considerando o cancelamento da Súmula n. 17 e da Orientação Jurisprudencial n. 2, bem como a alteração da Súmula n. 228, todos dispositivos do Tribunal Superior do Trabalho. Ocorre que o final do texto da referida Súmula Vinculante proibiu a substituição por decisão judicial, suspendendo a Súmula anteriormente alterada no sentido de ser o salário básico a base de cálculo do adicional de insalubridade. Com efeito, existem vários julgados e posicionamentos sobre qual deve ser o adicional de insalubridade que se mantém com base no salário-mínimo, contrariando a Constituição da República Federativa do Brasil, sendo certo que somente pelo Poder Legislativo tal inconstitucionalidade poderá ser sanada.

Palavras-chave: adicional de insalubridade; Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal; trabalhos insalubres.

ABSTRACT

In a first moment it was showed the existence of works considered as insalubrious and the necessity of an intervention from the Ministry of Labor and Employment. Then it was understood that an additional for insalubrity should be applied, which, according to the Consolidation of Brazilian Labor Laws, must be calculated based on the minimum wage, what was not an object of discussion. The advent the Constitution of the Federative Republic of Brazil brought the impossibility of annexing any advantage to the employees based on the minimum wage. This situation has generated a heated debate among the legal professionals, while judges and Courts assumed different positions, which brought instability to the judiciary. Aiming to solve such question, the Federal Supreme Court issued the Binding Precedent No. 4 which ruled that the minimum wage must not be used as a base for calculating advantages to the employees, excluding the cases expected in Brazil's Constitution. Certainly, because it was a Binding Precedent, such determination has brought great repercussions, considering the cancellation of the Precedent no. 17 and of the Jurisprudential Orientation no. 2 as well as the alteration of the Precedent no. 228, all of them devices of the Supreme Labor Court. It occurs that at the end of the text of the referred Precedent it was prohibited the judicial substitution, suspending the Precedent previously altered in the sense that the basic wage was the base for calculating the additional for insalubrity. As a matter of fact, there are several judged and positions about what the additional for insalubrity should be which keep as a base the minimum wage, contradicting the Constitution of the Federative Republic of Brazil, given that only the Legislative Power will be able to remedy such unconstitutionality.

Keywords: additional for insalubrity; Binding Precedent no. 4 of the Federal Supreme Court; insalubrious work.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACT – Acordo Coletivo de Trabalho

CCT – Convenção Coletiva de Trabalho

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988

CLT/43 – Consolidação das Leis do Trabalho aprovada em 1943

DJU – Diário de Justiça

DOU – Diário Oficial da União

EPI – Equipamento de Proteção Individual

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

MTE – Ministério do Trabalho e Emprego

NR – Norma Regulamentadora

OJ – Orientação Jurisprudencial

STF – Supremo Tribunal Federal

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	DAS ATIVIDADES INSALUBRES.....	8
3	DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.....	12
3.1	Aspectos históricos.....	12
3.2	Algumas considerações.....	13
3.3	Da eliminação, neutralização ou redução e seus efeitos.....	16
4	DA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.....	19
4.1	Decisões e posicionamentos divergentes.....	24
4.1.1	Decisões de primeira instância do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais.....	24
4.1.2	Decisões divergentes.....	28
5	CONCLUSÃO.....	35
	REFERÊNCIAS.....	38

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, é necessário demonstrar a importância do contexto geral que será traçado no decorrer do trabalho, ou seja, com qual finalidade, ou melhor, necessidade, o adicional de insalubridade foi estabelecido no direito brasileiro, sendo importante para melhor compreensão do tema explicitar o que são as atividades insalubres, onde estão disciplinadas e quais são os critérios para sua caracterização.

Deste modo, após a compreensão da necessidade e da importância de se ter um adicional nos salários de trabalhadores que exercem atividades insalubres, será discutido qual a correta fixação da base de cálculo do adicional de insalubridade.

Imperioso destacar que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT/43), aprovada em 1943, traz a base de cálculo do adicional de insalubridade vinculado ao salário-mínimo, o que por muitos anos não foi questão discutível.

Ocorre que, desde a Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), promulgada em 5 de outubro de 1988, é vedada qualquer vinculação ao salário mínimo, o que trouxe grande discussão a cerca do tema, haja vista que, na prática, mesmo a lei maior dispondo em contrário, o adicional de insalubridade é vinculado ao salário mínimo.

Com efeito, o tema, “A Base de Cálculo do Adicional de Insalubridade”, encontra-se em aberto, existindo ainda uma recente discussão após a edição da Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal (STF), que ao tentar sanar o conflito, trouxe grandes repercussões e conflitos ainda maiores, conforme veremos.

Diante disto, o objetivo maior da pesquisa será apresentar e analisar detalhadamente todos os posicionamentos, expondo todas as situações que ocorreram após a edição da Súmula Vinculante em foco, formando pontos de vista críticos e conclusivos.

Assim, todos os dispositivos legais, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais serão trazidos e analisados cautelosamente, buscando-se identificar os argumentos plausíveis e coerentes de cada posicionamento, objetivando uma visão ampla e formadora de opiniões.

2 DAS ATIVIDADES INSALUBRES

Inicialmente, de acordo com os autores Saliba e Corrêa (2009, p. 11), a palavra “insalubre” vem do latim e significa tudo aquilo que origina doença, certo de que a insalubridade é a qualidade de insalubre.

Em seguida, torna-se importante explicitar o conceito de atividade insalubre, posto que o primeiro requisito para o recebimento do adicional de insalubridade, objeto principal do trabalho, é o fato de o trabalhador exercer atividade considerada insalubre.

Desta feita, para melhor compreensão da questão, é importante colacionar o art. 189 da CLT/43¹:

Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Segundo Martinez (2011, p. 256), a identificação do que é considerado agente nocivo, ou seja, a indicação da natureza, das condições e dos métodos nocivos e, ainda, a fixação dos limites de tolerância, por força do art. 155, I da CLT/43, cabem ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE).

Com efeito, existem várias atividades profissionais que mantêm os trabalhadores em contato, direto ou indireto, com agentes nocivos à saúde; no entanto, torna-se importante esclarecer que é necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo MTE, para que então seja devido o adicional de insalubridade, conforme dispõe o art. 190 da CLT/43², nos seguintes termos:

O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará 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.

¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm

² *ibidem*

No mesmo sentido, encontra-se a informação na Súmula n. 194 do Supremo Tribunal Federal (STF)³:

É competente o Ministério do Trabalho para a especificação das atividades insalubres.

Dessa forma, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), pela Portaria n. 3.214, de 08/06/1978, regularizou toda a matéria referente à segurança e à medicina do trabalho, inclusive às operações insalubres, editando a Norma Regulamentadora n. 15 (NR - 15) e seus anexos, sendo certo ainda que o MTE estabeleceu critérios para a caracterização da insalubridade, existindo tanto avaliação quantitativa como avaliação qualitativa dos riscos inerentes à atividade.

Deste modo, somente será considerada atividade insalubre passível de recebimento do respectivo adicional quando regulamentada pelo MTE. Ou seja, pode ocorrer a prestação de um serviço em primeiro momento insalubre, até mesmo constatado por perícia, sem, contudo, ser caracterizado como atividade insalubre com direito a percepção do adicional de insalubridade, ficando a critério do empregador ou até mesmo do Juiz, quando o caso, conceder o adicional de insalubridade.

Urge aduzir que a expressão fica a critério do Juiz deve ser entendida pelo sentido de que o livre convencimento motivado do Juiz pode formar o entendimento de haver necessidade de se pagar um adicional de insalubridade para o obreiro que exerce atividade insalubre não regulamentada pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). No entanto, a Súmula n. 460 do STF⁴ é incisiva com relação à obrigatoriedade do enquadramento e da caracterização da atividade entre as insalubres disciplinadas pelo MTE. Vejamos:

Para efeito do adicional de insalubridade, a perícia judicial, em reclamação trabalhista, não dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubres, que é ato de competência do Ministério do Trabalho.

³http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200

⁴http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500

Importante esclarecer que, conforme o texto da súmula n. 194 do STF, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) é competente para especificar as atividades que são insalubres, podendo ser observado nos anexos da NR n. 15 os seguintes agentes nocivos: 1- ruídos; 2- ruídos de impacto; 3- exposição ao calor; 5- radiações ionizantes; 6- trabalho sobre condições hiperbáricas; 7- radiações não ionizantes; 8- vibrações; 9- frio; 10- umidade; 11- agentes químicos cuja insalubridade é caracterizada por limites de tolerância e inspeção no local de trabalho; 12- poeiras minerais; 13- agentes químicos; 14- agentes biológicos.

Apenas para conhecimento, a Portaria n. 3.751/90 descaracterizou a iluminação como fator de insalubridade a partir de 23/02/91, revogando o anexo n. 4 da NR 15 da Portaria n. 3.214/78, sendo certo que a iluminação passou a fazer parte da NR n. 17, que não é objeto deste estudo.

Poderia haver questionamentos sobre ofensa a direitos adquiridos ou, até mesmo, ao princípio da irredutibilidade salarial quando da reclassificação ou descaracterização da insalubridade, o que por certo afeta o recebimento do adicional de insalubridade. No entanto, a Súmula n. 248 do Tribunal Superior do Trabalho (TST)⁵ é forte no sentido de que poderá ocorrer por ato de autoridade competente a reclassificação ou descaracterização da insalubridade. Vejamos:

A reclassificação ou descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial.

Diante disso, vejamos o entendimento de Monteiro de Barros (2011, p. 621) ao mencionar a importância do enquadramento da atividade insalubre nos quadros do MTE:

Cumprir frisar que é necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho, não bastando a constatação por laudo pericial. Assim, a título de exemplo, a limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo não podem ser consideradas atividades insalubres, ainda que constatada a insalubridade por laudo pericial, porque não se encontram classificadas na Portaria do Ministério do Trabalho (**Orientação Jurisprudência** n. 4, inciso I e II, da SDI-1 do TST). Igualmente, em face da ausência de previsão legal, é indevido o adicional de insalubridade ao trabalhador em atividade a céu aberto (art. 195 da CLT e NR-15 MTb, Anexo 7). É o que se infere da **Orientação Jurisprudencial** n. 173 da SDI-1 do TST.

⁵http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300

Para melhor compreensão, vejamos a Orientação Jurisprudencial da Subseção n. 1 da Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho n. 4⁶:

Adicional de insalubridade. Lixo urbano

I – Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.

Agora que entendemos que os trabalhos insalubres devem estar regularmente disciplinados pelo Ministério do Trabalho e Emprego, torna-se imprescindível observar se as condições insalubres do trabalho estão acima dos limites de tolerância. Ou seja, não basta uma simples constatação do trabalho insalubre; é imperioso que tal atividade esteja fora dos limites de tolerância, necessitando em alguns casos da perícia técnica.

Nesse sentido, Martinez (2011, p. 257) é claro em suas palavras:

Anote-se que se entende por **limite de tolerância** a concentração ou a intensidade máxima ou mínima, relacionada com a natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará dano à saúde do trabalhador durante sua vida laboral. Superando o limite de tolerância, passa a ser devido, em graus diferentes, o pagamento do adicional de insalubridade, independentemente de o serviço ser prestado de modo intermitente. [negrito do autor]

Destarte, tem-se que o adicional de insalubridade é devido quando os empregados urbanos, rurais e trabalhadores avulsos exercem atividades prejudiciais à saúde passíveis de gerar doenças ocupacionais, observando sempre a vinculação da atividade junto às normas editadas e regulamentadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

⁶ http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html

3 DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

3.1 Aspectos históricos

Pouco se fala sobre o surgimento do adicional de insalubridade, sendo interessante trazer ao trabalho o estudo informativo apresentado pela empresa Bisaggio Engenharia do Trabalho⁷:

O adicional de insalubridade surgiu na época da Revolução Industrial, no século XVIII e tinha o objetivo de melhorar a alimentação do trabalhador, dando-lhe assim melhor resistência física e tornando-o mais produtivo, uma vez que as jornadas diárias de trabalho chegavam até dezesseis horas. Num primeiro momento, trabalhadores e empresários gostaram desta criação. Os primeiros tiveram aumento de renda; os segundos não precisariam investir em medidas de proteção. Com o tempo, Inglaterra e Estados Unidos aboliram o pagamento deste adicional, pois estudos científicos demonstraram que uma melhoria na alimentação não evitava as doenças ocupacionais e os trabalhadores não queriam trabalhar em outras atividades, que não as insalubres, em virtude dos ganhos salariais.

No Brasil, o adicional de insalubridade foi criado pela Lei 185 de 14/01/1936 e regulamentado pelo Decreto-Lei 399 de 30/04/1938. A Portaria SMC-51 de 13/04/1939 estabeleceu os agentes e as atividades que deveriam ser objeto do pagamento respectivo adicional. Em 1943, o Decreto-Lei 5452 criou a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), tendo um capítulo específico para Higiene do Trabalho (o artigo 187 tratava das atividades insalubres). Em 1965, a Portaria 491 do Ministério do Trabalho e Previdência Social permite que a insalubridade seja caracterizada através de avaliação qualitativa. Em 1968, a Lei 5438 e o Decreto-Lei 389 nomearam engenheiros e médicos para caracterizar a insalubridade nos locais de trabalho. Em 1977, a Lei 6514, em seus artigos 189, 190, 191, 192 e 194, trata do assunto insalubridade. Em 1978, a Portaria 3214 regulamenta a Lei 6514, através da Norma Regulamentadora no 15 (Atividades e Operações Insalubres), que define o que deve ser considerada atividade insalubre (essa legislação está em vigor até hoje).

Nota-se que, primeiramente, houve o entendimento da necessidade de se dar um bônus para os funcionários que laboravam em atividades insalubres, pelo risco de doenças e desgastes à saúde. Em seguida, com o objetivo de reduzir os gastos das empresas, reduzir os adicionais ou até mesmo deixar de pagá-los, houve a busca por melhores condições de labor para os funcionários.

Por lógica, com o desenvolver da sociedade, a busca por melhores condições de trabalho gerou uma grande discussão, pois a criação de equipamentos de segurança poderia

⁷ <http://www.bisaggio.com.br/miolo.php?id=informativo2&seca=91&secb=92>

eliminar ou reduzir os agentes nocivos à saúde. No primeiro caso, haveria a desnecessidade do pagamento de um adicional, uma vez cessada a insalubridade; já no segundo, haveria a redução da porcentagem do pagamento do adicional.

Desta feita, pode-se concluir que houve a necessidade da criação de um adicional nas remunerações dos trabalhadores que atuam em situações nocivas à saúde, de maneira a tentar reduzir ao máximo a nocividade dos ambientes insalubres, melhorando o labor dos funcionários e gerando a possibilidade de as empresas reduzirem ou diminuïrem o custo da produção.

3.2 Algumas considerações

Conforme visto, o labor em condições insalubres, regularmente disciplinado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, gera o direito ao recebimento de um adicional na remuneração, conforme o art. 192 da CLT/43. Nesse sentido, nas palavras de Carrion (2011, p. 211):

Conceito de insalubridade. Continuam os mesmos critérios legais que vigoram na legislação anterior: juridicamente, a insalubridade só existe a partir da inclusão das respectivas atividades na relação baixada pelo Ministério do Trabalho.

Segundo Monteiro de Barros (2011, p. 621), os empregados urbanos, rurais e os trabalhadores avulsos, em conformidade com o art. 7º, *caput*, inciso XXXIV, da CF/88 são os destinatários do adicional de insalubridade.

De acordo com Martinez (2011, p. 257), diferentemente do que acontece com o adicional de periculosidade (em relação aos inflamáveis e aos explosivos), a condição intermitente do labor em ambiente insalubre não afasta o direito ao recebimento do adicional de insalubridade.

Nesse sentido, a Súmula n. 47 do Tribunal Superior do Trabalho (TST)⁸ é bem clara:

O trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional.

⁸ http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html

Ou seja, quando a atividade ou o local de trabalho é insalubre, o trabalhador que laborar em atividade não contínua, que apresenta interrupções ou suspensões, também terá direito ao recebimento do adicional em questão.

Com efeito, existem vários trabalhos com diferentes graus de insalubridade gerando o direito a percepção de adicionais, de 40%, 20% e 10%, calculados atualmente sobre o salário-mínimo. Vejamos o art. 192 da CLT/43⁹:

O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.

Assim, conforme as palavras de Oliveira (2010, p. 49), existem três graus de insalubridade: máximo, médio e mínimo; portanto, os empregados que trabalham em condições insalubres têm direito ao recebimento do adicional de 40%, 20% e 10% com base no salário-mínimo, seguindo o art. 192 da CLT/43.

Importante esclarecer que o adicional de insalubridade é parcela contraprestativa, sendo certo que, quando pago com habitualidade, integra o salário obreiro para todos os efeitos legais, refletindo nas verbas salariais e também na contribuição previdenciária, conforme pode ser observado pelas palavras de Delgado (2010, p. 692):

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

Continuando:

⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm

A parcela adicional submete-se ao mesmo requisito exigido às outras parcelas contraprestativas para fins de sua integralização salarial, com o subsequente efeito expansionista circular: a habitualidade. Recebido com habitualidade, integra, no período de sua percepção, o salário obreiro para todos os efeitos legais. Irá refletir-se, desse modo, no cálculo do 13º salário, férias com 1/3, FGTS (com 40%, se for o caso), aviso-prévio, além da contribuição previdenciária. É o que deflui, por exemplo, do critério interpretativo lançado pela Súmula 60, I, do TST.

Nessa tangente, de acordo com Martins (2011, p. 209), o adicional de insalubridade não integra os descansos semanais remunerados, tendo em vista que o pagamento desses é mensal. O referido autor ainda aduz que, mesmo ausente a habitualidade, o referido adicional integrará férias, já que o art. 142, § 5º da CLT/43 não faz exigência e integrará o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), por se tratar de remuneração (art. 15 da Lei 8.036/90).

Segundo Delgado (2010, p. 693), os adicionais são classificados em legais (que se desdobram em abrangentes e restritivos) e convencionados. Os legais estão previstos em lei enquanto os convencionados são criados de maneira infralegal; como exemplo, Convenções Coletivas de Trabalho (CCT's), Acordos Coletivos de Trabalho (ACT's) ou até mesmo pela vontade das partes (empregador ou ambos), sempre respeitando as disposições normativas.

Dito isso, imperioso destacar que o adicional de insalubridade caracteriza-se por ser um adicional legal abrangente, conforme as palavras de Delgado (2010, p. 693):

Os adicionais legais abrangentes são aqueles que se aplicam a qualquer categoria de empregados, desde que situado o obreiro nas circunstâncias legalmente tipificadas. Consistem nos seguintes adicionais: insalubridade (art. 192, CLT; Súmula Vinculante n.º 4, STF); de periculosidade (art. 193, § 1º, CLT); de penosidade (art. 7º, XXIII, CF/88 – ainda sem tipificação legal no âmbito justralhista); de transferência (art. 469, § 3º, CLT); noturno (art. 73, *caput*, CLT); de horas extras (art. 7º, XVI, CF/88).

Por fim, o que se tem é que o adicional de insalubridade é um direito assegurado ao obreiro que trabalhe, de alguma forma, mantendo contato com agentes nocivos à saúde e que podem originar doenças ocupacionais.

3.3 Da eliminação, neutralização ou redução e seus efeitos

Claramente, o ideal e melhor para todos seria a não existência dos trabalhos insalubres, tendo em vista que o labor exposto a agentes insalubres pode causar doenças ocupacionais, gerando danos à saúde dos trabalhadores.

Vejamos o correto posicionamento de Carrion (2011, p. 212):

A eliminação da insalubridade ou diminuição de seus efeitos sobre a pessoa humana é uma preocupação constante da medicina do trabalho, como o é da lei. As normas de proteção ao ambiente ou ao trabalhador, individualmente, dirigem-se e procuram não só os aerodispersóides, como diz a norma, mas todos os agentes. Os órgãos administrativos receberam uma faculdade legal importantíssima: a de determinar às empresas que introduzam as medidas adequadas para eliminar ou mitigar os efeitos do mal. Eliminação do adicional (art. 194).

Nesse sentido, torna-se imprescindível a tentativa de eliminação, neutralização ou redução desses agentes nocivos à saúde, reduzindo ou até mesmo cessando o direito ao adicional de insalubridade. É o que dispõe o art. 194 da CLT/43¹⁰:

O direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à saúde ou integridade física, nos termos desta Seção e das normas expedidas pelo Ministério do Trabalho.

Existem algumas formas para se diminuir, neutralizar ou até mesmo eliminar as operações insalubres, sendo certo que, atualmente, as empresas buscam mecanismos para tornar o trabalho insalubre o menos maçante e prejudicial à saúde obreira, haja vista que agindo assim, as empresas reduzem suas despesas.

Nesse sentido, independentemente do motivo de se tentar eliminar ou reduzir as consequências das atividades insalubres, tal fato se mostra totalmente benéfico para os obreiros. Nesse sentido, o art. 191 da CLT/43¹¹ prevê o seguinte:

¹⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm

¹¹ *ibidem*

A eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá:

I – com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância;

II – com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância.

Parágrafo único. Caberá às Delegacias Regionais do Trabalho, comprovada a insalubridade, notificar as empresas, estipulando prazos para sua eliminação ou neutralização, na forma deste artigo.

Assim, quando a empresa conserva o ambiente de trabalho dentro dos limites aceitáveis, o trabalho realizado deixará de ser considerado nocivo à saúde obreira, tornando indevido o recebimento do adicional em questão. Ou, ainda, ao adotar o uso de Equipamentos de Proteção Individual (EPI) aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo, uma empresa pode reduzir ou até mesmo eliminar a atividade que em primeiro momento é insalubre, reduzindo o pagamento do adicional ou deixando de pagá-lo.

Nessa linha, Martins (2011, p. 205), traz o seguinte:

O EPI, geralmente, não anula a causa, mas os efeitos da insalubridade. Se o uso dos EPI neutralizar ou eliminar a insalubridade, o adicional deixa de ser devido. A neutralização ocorre quando o EPI traz a insalubridade a níveis toleráveis, de acordo com a NR 15 da Portaria nº 3.214/78. A eliminação ocorre quando o EPI anula integralmente a insalubridade existente em certo local.

No mesmo sentido, encontra-se na Súmula n. 80 do TST¹² o seguinte:

A eliminação da insalubridade, pelo fornecimento de aparelhos de protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo, exclui a percepção do adicional respectivo.

Agora, observando as palavras de Martinez (2011, p. 259), caso haja a atenuação da insalubridade, o efeito será diferente, tendo em vista que terá a necessidade de reclassificação da nocividade do agente insalubre, acarretando a redefinição do percentual relativo ao adicional em questão.

¹² http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html

Com efeito, conforme as palavras de Martins (2011, p. 205) e ainda a Súmula n. 289 do TST, não basta que o empregador apenas forneça os EPI; existe a necessidade de fiscalização por parte patronal, uma vez que, caso o obreiro não utilize os equipamentos, o adicional continua devido. Ou ainda, conforme aduz Monteiro de Barros (2011, p. 624), caso os EPI tenha sua durabilidade determinada por um número de dias e a substituição ocorra além do prazo de validade, esse equipamento não estará protegendo suficientemente o trabalhador, continuando devido o adicional.

No caso de fiscalização pela empresa, o não uso do equipamento de proteção ensejará a possibilidade de a empresa punir o trabalhador, podendo ele ser enquadrado até mesmo em dispensa por justa causa.

Destarte, nota-se a importância do adicional de insalubridade, tendo em vista que, além de remunerar melhor os trabalhadores que estão envolvidos em atividades insalubres, torna-se um dos instrumentos responsáveis por diminuir, neutralizar ou até mesmo eliminar algumas dessas operações insalubres ante a onerosidade que traz para as empresas.

4 DA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Após algumas considerações sobre as atividades insalubres e seu respectivo adicional, transparecida a importância de se ter um adicional na remuneração quando o serviço é prestado de forma insalubre, volta-se ao foco principal, ou seja, qual a correta base de cálculo do adicional de insalubridade.

Em primeiro momento, conforme observado, o art. 192 da CLT/43 aduz que o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário-mínimo nos graus de 40%, 20% e 10%, dependendo do nível de insalubridade.

Assim, até o advento da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), publicada no Diário Oficial da União (DOU) n.º 191-A, de 5 de outubro de 1988, por consequência da disposição de seu art. 7º, inciso IV, que veda qualquer vinculação ao salário-mínimo, o disposto no art. 192 da Consolidação das Leis do Trabalho, que traz o salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, vigorava perfeitamente sem discussões.

Com a CF/88, passou-se a discutir a inconstitucionalidade do uso do salário-mínimo para servir de base de cálculo de vantagens. Evidentemente, em tal discussão doutrinária e jurisprudencial foi incluída também a questão do uso do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Urge relembrar que o decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho, anterior à CF/88, dispõe em seu art. 192 que o adicional de insalubridade deve ser fixado com base no salário-mínimo.

Neste sentido, a CF/88, em seu art. 7º, inciso IV¹³, trouxe em sua redação a afirmativa de que é vedada a vinculação do salário-mínimo para qualquer fim:

Salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajuste periódico que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

¹³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

Isto posto, de acordo com as palavras de Martinez (2011, p. 260), claramente já existia uma grande discussão acerca da inconstitucionalidade da vinculação do salário-mínimo ao adicional de insalubridade. Era certo que o TST já vinha modificando seu entendimento em considerar a base de cálculo do adicional de insalubridade no mesmo sentido que se faz com o adicional de periculosidade, ou seja, a vinculação ao salário básico do empregado. O referido autor firma seu posicionamento ao citar a decisão do processo E-RR 482613/1988, relatado pela Ministra Maria de Assis Calsing e publicado no Diário de Justiça (DJU) de 22/02/2008.

Com efeito, cumpre observar que no mundo jurídico há uma grande discussão acerca da base de cálculo do adicional de insalubridade após a Súmula Vinculante n. 4, editada pelo Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁴ em 27/05/2008, na qual se expressa que é vedada a utilização do salário-mínimo como indexador de base de cálculo de vantagem; *in verbis*:

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 seguida, de acordo com Monteiro de Barros (2011, p. 622), por meio do Tribunal Pleno foi publicada a Resolução n. 148/2008, de 10/07/2008, que alterou a redação da sua Súmula n. 228 do TST, que utilizava o salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade sempre que não fosse estabelecido salário profissional ou piso normativo ao empregado. Por certo, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) adotou a base de cálculo do adicional de periculosidade (súmula n. 191 do TST), que utiliza como base o salário básico do trabalhador e, na mesma sessão, cancelou a Súmula n. 17 e a OJ n. 2 da SDI-1 do TST.

Imperioso mencionar que a resolução que alterou a Súmula n. 228 do TST, aparentemente na tentativa de seguir o disposto na Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal (STF), não obteve sucesso. Em foco a Súmula n. 228 do TST¹⁵ já alterada:

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

14

http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032

¹⁵ http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html

Nota-se que a resolução em questão contrariou o disposto na Súmula Vinculante do STF no que tange à proibição de qualquer alteração na base de cálculo do adicional de insalubridade por decisão judicial.

Em consequência disso, os julgamentos realizados em Primeira Instância não chegaram a uma unanimidade quanto à questão. Alguns juízes julgavam os processos aplicando a Súmula Vinculante n. 4 do STF e a Súmula n. 228 do TST; esta última faz analogia ao adicional de periculosidade; outros juízes julgavam utilizando o art. 192 da CLT, aplicando o salário-mínimo.

Tendo em vista tal situação, em 15 de julho de 2008, o Ministro Gilmar Mendes, na época Presidente do Supremo Tribunal Federal, suspendeu liminarmente a aplicação da Súmula n. 228 do TST em atendimento à reclamação formulada pela Confederação Nacional da Indústria em 11/07/2008 - Reclamação Constitucional n. 6.266, que sustentou, entre outras alegações, que a referida súmula confrontava a Súmula Vinculante n. 4 do STF, já que esta proíbe que o indexador da base de cálculo do adicional de insalubridade seja fixado por decisão judicial. (MONTEIRO DE BARROS, 2011, p. 623). Vejamos abaixo a decisão mencionada anteriormente¹⁶:

DECISÃO: 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.”

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

¹⁶<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28base+de+calculado+do+adicional+de+insalubridade%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia>

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 utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade.

Comunique-se, com urgência, e, no mesmo ofício, solicitem-se informações.

Após, abra-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República (RI/STF, art. 160).

Publique-se.

Brasília, 15 de julho de 2008.

Ministro GILMAR MENDES

Presidente

(art. 13, VIII, RI/STF)

Essa situação levou a maioria das turmas do Tribunal Superior do Trabalho (TST) a retirar da pauta de julgamento qualquer tipo de processo que envolvesse o adicional de insalubridade, tendo em vista a total desordem do momento.

Em seguida, após vários posicionamentos divergentes sobre qual base de cálculo deveria seguir o adicional de insalubridade, tendo o STF suspenso a fixação do adicional ao salário básico, o TST pela 7ª turma firmou o posicionamento de manter a base de cálculo do adicional em questão ao salário-mínimo. Para melhor compreensão, Oliveira (2010, p. 50) complementa:

FUNDAMENTO ADOTADO PELA SÉTIMA TURMA DO TST

4 TST – Insalubridade: Sétima Turma aplica o salário mínimo como base de cálculo 27-5-2008.

A Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, mas vedou a substituição desse parâmetro por decisão judicial. Até que novo critério seja adotado, por lei ou por negociação coletiva, ele continuará a ser aplicado quando a categoria não tiver piso salarial. Esse fundamento foi adotado pela Sétima Turma do Tribunal do Trabalho em duas decisões sobre a matéria.

Por conseguinte, até que nova lei regulamente a matéria, o salário-mínimo poderá servir de base de cálculo do adicional de insalubridade, mesmo de forma irregular, uma vez que somente Lei ou Convenção Coletiva de Trabalho tem força para alterar o art. 192 da CLT, mesmo este sendo inconstitucional.

Urge destacar que o posicionamento correto em mudar a base de cálculo do adicional de insalubridade vinculado ao salário-mínimo para o salário básico, da mesma forma que ocorre com o adicional de insalubridade, está totalmente frustrado, dependendo de Lei.

Assim, os autores Paulo e Alexandrino (2011, p. 242) destacam:

A partir dessas novas orientações do Supremo Tribunal Federal, podemos concluir, resumidamente, o seguinte a respeito da base de cálculo do adicional de insalubridade: (a) o salário-mínimo não pode ser utilizado como base de cálculo do adicional de insalubridade; (b) é vedado ao Poder Judiciário determinar a substituição da base de cálculo do adicional de insalubridade prevista na CLT (o salário-mínimo) por outra qualquer; (c) a alteração da base de cálculo do adicional de insalubridade e do correspondente critério de reajuste dependerá de lei de iniciativa do Poder Executivo; (d) a nova base de cálculo do adicional de insalubridade poderá ser fixada, também, por meio de instrumento coletivo (acordo ou convenção coletiva), desde que respeitada a base de cálculo prevista em lei; (e) enquanto não for superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva, o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no valor equivalente ao salário-mínimo.

Nesse sentido, não há previsão de ser encerrada tal discussão, o que traz grandes prejuízos a todos que lidam com o judiciário, em vista que podem ocorrer julgamentos concedendo a vinculação do adicional ao salário-mínimo ou ao salário básico, trazendo desgastes e atrasos processuais, podendo ocorrer Reclamações Constitucionais, como já ocorreu, até que se tenha uma solução final para a matéria.

Isto posto, posicionamentos divergentes sempre farão parte desta matéria, sendo que claramente não está sendo cumprido o disposto na Súmula Vinculante n. 4 do STF e nem o texto da CF/88. Até o momento, não existe nenhum dispositivo que regule a matéria.

4.1 Decisões e posicionamentos divergentes

4.1.1 Decisões de primeira instância do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais

Para melhor compreensão do tema, urge destacar as decisões divergentes de primeira instância do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais. Como exemplo, apresenta-se o Juízo de primeira instância de Lafaiete/MG, por intermédio do Dr. Agnaldo Amado Filho, que decidiu no processo n. 1009.2008.055.03.00.5 fixar o adicional de insalubridade com base no salário básico do empregado, por analogia ao adicional de periculosidade. Vejamos¹⁷:

[...]

II.5) Do adicional de insalubridade e reflexos

Procede, em parte.

Em audiência as partes convencionaram em relação à parcela em epígrafe que: ela será apurada no grau médio, tomando-se como base de cálculo 60% das aulas efetivamente ministradas, cabendo à sentença decidir sobre a base de cálculo sobre a qual incidirá o adicional de 20%.

Relativamente à incidência do adicional de insalubridade sobre o salário mínimo (verdadeira excrescência jurídica), contrariando o destino natural de todos os demais adicionais, além de constituir-se em inegável desprezo aos comandos estatuídos no art. 7º, XXIII (o qual se referiu ao termo remuneração e não salário) e XXII, da CF/88, prejudicando sensivelmente aquele empregado que exerce seu mister em condições mais penosas, beneficiando o empregador em detrimento do hipossuficiente, parte economicamente mais fraca na relação jurídica, entendendo como revogado o comando insculpido no art. 192, da CLT, haja vista não existir qualquer justificativa científica aceitável para que uma empresa, v.g., pague menos pelo labor insalubre (porque incidente sobre o salário mínimo) e mais pelo labor periculoso (porque incidente sobre o salário-base).

Ressalto, aliás, que a verdadeira intenção do legislador foi, na verdade, inibir o empregador de exigir a prestação de serviços em condições insalubres, notada e inegavelmente prejudiciais à saúde do trabalhador. Ora, nesse diapasão, parece inexorável que tal desiderato jamais seria e será plena e satisfatoriamente alcançado com a adoção do entendimento que hoje, infelizmente, ainda é difundido por expoentes de nomeada em sede doutrinária, não obstante as lúcidas ponderações do mestre Francisco Antônio de Oliveira, i. Jurista e Magistrado do TRT da 2ª Região, verbis:

"Em certos casos, há até um incentivo do legislador, quando determina o pagamento de um adicional que varia de 10 a 40% sobre o salário mínimo, pouco importando a remuneração do empregado. (...) Como se vê, para o empregador, em termos empresariais, é preferível pagar o adicional, que será sempre em valor ínfimo, a investir na eliminação do agente agressivo ou ambiente prejudicial que demandaria o investimento e a imobilização de vultosas quantias. Em termos empresariais, o injetamento desse numerário em capital de giro lhe renderá muito mais. Todavia, esse raciocínio é imediatista e não é apoiado pela realidade das coisas. A higidez do empregado constitui patrimônio pelo qual deverá a empresa zelar" (In "Direito do Trabalho em sintonia com a nova Constituição", Ed. RT, São Paulo, 1993, p. 225).

¹⁷ http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm

Porém, como se não bastasse o acima articulado, é de se considerar que a matéria ora aventada já foi objeto de apreciação pela Corte Suprema, quando da análise do RE 236.396-5 (MG) pela 1ª Turma, tendo como partes Fiat Automóveis S/A (recorrente) e Silas dos Reis (recorrido), cujo acórdão, relatado pelo Exmo. Min. Sepúlveda Pertence, esposando decisão por unanimidade de votos, houve por bem conhecer e dar provimento ao recurso empresarial, para reconhecer que ao fixar o adicional de insalubridade em determinado percentual do salário mínimo, o TST. e , antes dele, o TRT . contrariou o disposto no art. 7º, IV, da Constituição., afastando, por corolário, a partir da promulhacidade, que possa ser estabelecida pelas instâncias inferiores.

Reforçando tal entendimento, o C. TST, através de sua SDI-1 (RR-548698/1999), logrou decidir que os empregados que, por força de lei, CCT ou sentença normativa recebessem salário profissional em vez do salário mínimo nacional, teriam direito ao cálculo do adicional de insalubridade com base no efetivo salário percebido, com fundamento na restauração do então En. 17, aprovada em novembro/03 pelo Pleno, o qual havia sido cancelado em 1994, valendo notar, inclusive, que o En. 228, que vinha sendo seguido pela jurisprudência majoritária, teve sua redação alterada na revisão geral promovida pelo TST, o qual retomou o antigo entendimento, excepcionando os casos de percepção de salário superior ao mínimo.

É importante registrar que no início de julho desse ano, o TST entendeu por bem cancelar a Súmula 17, publicando a nova redação da Súmula 228, reafirmando o cálculo do adicional de

insalubridade sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo, tendo em vista a edição, pelo STF, da Súmula Vinculante na 4, que veda expressamente a utilização do salário mínimo como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou empregado, tornando inconstitucional o art. 192 da CLT.

Não obstante tal entendimento, correto sob todos os aspectos, houve por bem o presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, conceder, aos 15/07/08, liminar requerida pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), suspendendo a aplicação de parte da Súmula 228/TST, no que diz respeito à utilização do salário básico no cálculo do adicional de insalubridade, por entender que o verbete sumular .revela aplicação indevida da Súmula Vinculante na 4,

porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa..

Como se vê, a questão ora debatida, que vinha ganhando, progressivamente, contornos informados pelo bom senso, lamentavelmente regrediu, fazendo emergir, desnecessariamente,

situação de verdadeiro impasse, o que me leva a reiterar o posicionamento expendido em linhas transatas, fixando, por analogia ao adicional de periculosidade e por questões de razoabilidade e justiça, o salário-base como fator de incidência do plus insalutífero.

Destarte, a teor da fundamentação supra-articulada, condeno a ré ao pagamento do adicional de insalubridade, no grau médio, incidente sobre o salário-base do autor (60% das aulas efetivamente ministradas), no período imprescrito, com reflexos nas parcelas de férias + 1/3, 13ª salários, adicional noturno, FGTS + 40%, adicional extraclasse e aviso prévio, sendo que, quanto aos repousos, descabe qualquer repercussão, posto que apenas as parcelas pagas por hora ou dia refletem nos mesmos, o que não é o caso do adicional de insalubridade, que leva em conta, no entendimento do juízo, um percentil sobre a remuneração, independentemente do número de horas ou dias, considerando-se, ainda, que o RSR já está incluso na remuneração, aplicando-se, pois, in casu, analogicamente, a regra prevista na Súmula 225, do C. TST.

[...]

Urge elucidar que a referida decisão foi suspensa, tendo em vista a Reclamação Constitucional movida pela Fundação Presidente Antônio Carlos, que alegou a disposição

final da Súmula Vinculante n. 4 do STF, ou seja, a impossibilidade de substituição do salário-mínimo, atualmente utilizado como base de cálculo do adicional de insalubridade, por decisão judicial. Apenas para constar, houve acordo no referido processo.

Complementando a divergência, o processo n. 581.2007.009.03.00.5 foi julgado pelo Juízo da Nova Vara de Belo Horizonte/MG, por intermédio da Dra. Jaqueline Monteiro de Lima que, de forma contrária, entende ser a base correta para fixação do adicional de insalubridade o salário-mínimo, vejamos¹⁸:

[...]

4- Adicional de insalubridade

O reclamante postula o pagamento de adicional de insalubridade, sustentando que mantém contato direto com os pacientes que vão se submeter aos procedimentos cirúrgicos e com produtos químicos prejudiciais à saúde.

Em sua defesa, a reclamada sustenta que o reclamante não mantém contato físico permanente, direto ou indireto, com os pacientes, não se enquadrando nas disposições

legais para fazer jus ao recebimento do adicional de insalubridade. Assevera, ainda, que o reclamante recebe e utiliza EPI.

Em face da natureza da matéria e diante do que dispõe o art. 195/CLT, determinou-se a realização de perícia, que, após declinar aspectos pertinentes às atividades executadas pelo reclamante e tecer considerações a respeito das questões fáticas que envolvem a matéria, concluiu pela caracterização da insalubridade nas atividades desenvolvidas pelo reclamante.

O Sr. Perito relatou que o reclamante labora na área interna do Bloco Cirúrgico (fl. 127), como “circulante” e que cada um destes atende, em média, 03 a 04 pacientes por dia e que ocorre de 02 a 03 transplantes hepático, sendo que a maioria é portadora da doença “hepatite de vírus B e C” (fl. 128).

Descreveu, ainda, que o reclamante mantém contato direto e obrigatório com instrumentos, equipamentos, recipientes, etc. sujos e não previamente esterilizados e usados em procedimentos cirúrgicos em pacientes que são portadores de doenças infecto-contagiosas (Hepatite B e C) (fl.134).

E concluiu: “Com base nas informações recebidas, dados colhidos durante a diligência pericial e na análise dos agentes de insalubridade, definidos nos Anexos da Norma Regulamentadora NR-15, conclui-se que: o reclamante em suas atividades ficou exposto ao agente Biológico, conforme fundamentado no item 7.14 do presente Laudo. Diante do exposto, fica caracterizada a insalubridade em grau máximo e médio para o presente caso, conforme a Norma Regulamentadora NR-15 da Portaria de no. 3214 de 08 de Junho de 1978 do Ministério do Trabalho.” (fl.138)

Não há elementos nos autos capazes de contrariar as conclusões alcançadas pelo Perito. Pelo contrário, a testemunha trazida pela 1ª. reclamada acaba por confirmar que o reclamante labora em ambiente considerado insalubre, nos termos da legislação.

Declarou a testemunha que: “(...) em uma semana recebem aproximadamente 10 a 15 pacientes de isolamento de contato, sendo que o reclamante tinha contato com os mesmos, em média, 02 vezes por semana; ...que os pacientes portadores de isolamento de contato são aqueles que a possibilidade de contato pode acarretar uma doença infecto contagiosa, havendo necessidade de uma barreira, tal como luva,

¹⁸ http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm

capacete...; que não há possibilidade de o reclamante escolher o paciente a ser atendido...” (fl.202).

Ora, restou evidente que o reclamante, em sua atividade, mantém contato com pacientes portadores de diversas enfermidades e muitas delas infecto-contagiosas, o que gera o direito ao adicional de insalubridade.

Além disso, os laudos periciais apresentados pela 1ª. reclamada também não desconstituem a perícia. Os locais periciados são diversos do local de trabalho do reclamante. Somente a perícia declinada no laudo de fls. 238/249 foi realizada na área interna do bloco cirúrgico, onde o reclamante trabalha, e constatado o labor em condições insalubres em grau máximo e médio, em consonância com o teor da perícia realizada nestes autos.

As insurgências lançadas pela 1ª. Reclamada contra o laudo pericial às fls. 195/198 não elidem as conclusões alcançadas, por inconsistentes e incapazes de alterar a convicção do juízo a respeito da credibilidade da perícia.

Sustentou a 1ª. reclamada que o reclamante mantém contato com pacientes cirúrgicos, não em isolamento. Entretanto, a própria testemunha da reclamada admite que o reclamante tinha contato com pacientes portadores de isolamento de contato.

Quanto ao uso do EPI, o Sr. Perito também se manifestou a respeito e verificou que não foi apresentado qualquer comprovante de entrega pela reclamada. Afirma, ainda, que a insalubridade por agentes biológicos não é neutralizada pelo uso do EPI, podendo atenuar o risco (fl. 136). Não prosperam as insurgências da 1ª. reclamada em sentido contrário.

Ressalta-se que o fato de o reclamante manter contato intermitente com os pacientes e manusear objetos não elide o direito ao adicional de insalubridade, a teor da Súmula 47 do TST: “Insalubridade - O trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional”.

Diante do exposto, mostra-se irrelevante para a caracterização da insalubridade, o tempo de exposição do reclamante aos riscos causados pelos agentes biológicos.

O laudo pericial apurou, de forma pormenorizada, as condições, as atividades, o local em que trabalhou o reclamante, convencendo o juízo (art. 131 do CPC) quanto à existência de insalubridade em grau máximo.

Em face das conclusões alcançadas pelo Perito do Juízo e não havendo elementos nos autos capazes de contrariar o laudo, defiro o pedido de adicional de insalubridade, em grau máximo, apurados desde o início do pacto laboral (meses vencidos e vincendos) a ser calculado com base no salário mínimo, não prosperando a pretensão do reclamante de pagamento do adicional de insalubridade com base no seu salário, já que ausentes as hipóteses da Súmula 17/TST: “(Adicional de insalubridade - Restaurada - Res. 121/2003, DJ, 21.11.2003) O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado(RA 28/1969, DO-GB 21.08.1969)”.

O adicional de insalubridade integra a remuneração para os fins legais, conforme estabelece a Súmula N°. 139/TST (Adicional de insalubridade. (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº102 da SDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.05 - Enquanto percebido, o adicional de insalubridade integra a remuneração), sendo devidos os reflexos em férias + 1/3, 13º. salário e FGTS, a ser depositado.

Sucumbente no objeto da perícia, as reclamadas deverão arcar com os honorários periciais, no importe de R\$1.500,00, valor condizente com o trabalho pericial e que serão atualizados pelos mesmos índices da Lei 6899/81. [negrito do autor]

[...]

Nota-se, portanto, que a extensa divergência jurisprudencial também ocorreu na região de Minas Gerais, certo de que os juízos de primeira instância divergem opiniões sobre

qual a melhor base de cálculo para o adicional de insalubridade, o que traz, em um primeiro momento, insegurança jurídica.

4.1.2 Decisões divergentes

Após ser demonstrada a divergência de entendimento dos juízes de primeiro grau, em específico dessa região, ressaltando-se que o conflito de ideias existia desde o início das demandas judiciais, o que traz grande insegurança jurídica, faz-se necessário caracterizar o contexto geral, ou seja, os diversos posicionamentos em distintos Tribunais.

Deste modo, para enriquecimento prático, vejamos o acórdão da 8ª turma do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, no processo n. 10200.08.2007.5.040221, que consta como relatora a Desembargadora Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo. A decisão foi datada em 19/03/2009 e tem como origem a Vara do Trabalho de Guaíba, vejamos¹⁹:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Hipótese em que, pelo voto da maioria da Turma, vencida a Relatora, fixa-se o salário básico da autora como base de cálculo do adicional de insalubridade.

VISTOS e relatados estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO** interposto de sentença proferida pelo MM. Juiz da Vara do Trabalho de Guaíba, sendo recorrente **BEATRIZ PENA PEREIRA** e recorrido **OLVEBRA INDUSTRIAL S.A.**

Inconformada com a sentença de fls. 298/308, complementada às fls. 322/326, proferida pela Juíza Anita Lübke, recorre ordinariamente a **reclamante**. Nas razões juntadas às fls. 336/338, busca a reforma do julgado quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade.

Com contra-razões pela reclamada às fls. 345/348, sobem os autos a este Tribunal para julgamento.

É o relatório.

ISTO POSTO:

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE

BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Não se conforma a reclamante com a sentença no ponto em que fixa o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade. Entende que o adicional em referência deve ser calculado sobre o salário do trabalhador, aplicando-se analogicamente o artigo 193, §1º, da CLT. Invoca o disposto nos artigos 4º da LICC e 126 do CPC.

¹⁹http://iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirDocumentoJurisprudencia?pCodAndamento=30639920&pFormato=rtf

Prefacialmente, sem razão a reclamada ao sustentar em suas contra-razões de fls. 345/348 a perda de objeto do recurso da reclamante. Embora efetivamente tenha a sentença declarado a extinção do processo sem resolução de mérito quanto aos direitos atinentes ao período de 24/01/2002 a 30/06/2004 (fl. 322), importa ressaltar que a condenação ao pagamento de adicional de insalubridade abrange também o período de 06/05/2005 a 17/05/2005 (item 'b' do dispositivo sentencial – fl. 308), razão pela qual incumbe apreciar o mérito do apelo obreiro.

Quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade, esta Relatora, em razão da edição da **Súmula Vinculante nº 4** do Supremo Tribunal Federal (*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.*), bem como em razão do recente julgamento realizado pela Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no RR 01118/2004-005-17-00-6, entende ser possível a manutenção do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, até que se edite norma legal ou convencional estabelecendo base de cálculo distinta, salvo nos casos a que alude a Súmula 17 do TST, recentemente cancelada.

Assim está lançada a ementa do acórdão proferido no Recurso de Revista nº 01118/2004-005-17-00-6, da lavra do **Exmo. Ministro IVES GANDRA MARTINS FILHO**:

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

1. O STF, ao apreciar o RE-565.714-SP, sob o pálio da repercussão geral da questão constitucional referente à base de cálculo do adicional de insalubridade, editou a Súmula Vinculante 4, reconhecendo a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo, mas vedando a substituição desse parâmetro por decisão judicial.

Rejeitou-se, inclusive, a tese da conversão do salário mínimo em sua expressão monetária e aplicação posterior dos índices de correção dos salários, uma vez que, sendo o reajuste do salário mínimo mais elevado do que a inflação do período, restariam os servidores e empregados postulantes de uma base de cálculo mais ampla prejudicados ao receberem como prestação jurisdicional a redução da vantagem postulada.

2. Assim decidindo, a Suprema Corte adotou técnica decisória conhecida no direito constitucional alemão o como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*), ou seja, a norma, não obstante ser declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se substituir ao legislador para definir critério diverso para a regulação da matéria.

3. Nesse contexto, **ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do art. 192 da CLT e, por conseguinte, da própria Súmula 228 do TST, tem-se que a parte final da Súmula Vinculante 4 do STF não permite criar critério novo por decisão judicial, razão pela qual, até que se edite norma legal ou convencional estabelecendo base de cálculo distinta do salário mínimo para o adicional de insalubridade, continuará a ser aplicado esse critério para o cálculo do referido adicional, salvo a hipótese da Súmula 17 do TST, que prevê o piso salarial da categoria, para aquelas categorias que o possuam (já que o piso salarial é o salário mínimo da categoria).**” (grifei)

Adota-se, ainda, o entendimento contido na Súmula 17 do TST, em que pese cancelada recentemente, para considerar como base de cálculo do adicional de insalubridade não só o salário profissional previsto em lei, mas também piso normativo estabelecido em convenção coletiva ou sentença normativa, salvo quando nas normas coletivas há cláusula impedindo a utilização do salário ou piso normativo, hipótese em que deve ser respeitada a autonomia das vontades coletivas. E, nos casos em que há impeditivo para a adoção do salário ou piso normativo, na linha do entendimento lançado pelo TST, deve ser utilizado como base de cálculo o valor do salário mínimo.

Todavia, a Turma, por maioria, vencida esta Relatora, entende que com o advento da Súmula Vinculante nº 4 do STF, não há mais como manter o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, devendo ser observado o salário básico, inclusive para os contratos anteriores à edição da súmula. Para a maioria deste colegiado, considerando-se a existência de lacuna legislativa, é preciso buscar uma solução nos princípios gerais de direito e na analogia, forte nos arts. 4º da LICC, 8º da CLT e 126 do CPC. Assim, na vedação do uso do salário mínimo na base de cálculo do adicional de insalubridade, cumpre adotar o salário contratual básico do empregado, na esteira da norma inserta no §1º do art. 193 da CLT, que dispõe acerca da base de cálculo do adicional de periculosidade.

Logo, deve ser observado o salário básico como base de cálculo do adicional de insalubridade. Assim, dá-se provimento parcial ao recurso ordinário da reclamante para fixar o salário básico da autora como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Ante o exposto,

ACORDAM os Magistrados integrantes da 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: **por maioria, vencida a Relatora, dar provimento parcial ao recurso ordinário da reclamante para fixar o salário básico da autora como base de cálculo do adicional de insalubridade. Valor da condenação que se acresce em R\$ 500,00 (quinhentos reais). Custas proporcionalmente acrescidas em R\$ 10,00 (dez reais).**

Intimem-se.

Porto Alegre, 19 de março de 2009 (quinta-feira).

DESª ANA ROSA PEREIRA ZAGO SAGRILO

Relatora

[negrito do autor]

Em contrapartida, a 5ª turma desse mesmo Tribunal proferiu o seguinte acórdão no processo n. 1192.2007.019.04.00.9, que consta como relator o Desembargador Cláudio Antônio Cassou Barbosa. A decisão foi datada em 21/05/2009 e tem como origem a 19ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, vejamos²⁰:

EMENTA: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.

Ressalvado o posicionamento pessoal do Relator em sentido contrário, firma-se o entendimento de que, à luz do disposto na Súmula Vinculante 4 do STF, em hipóteses como a dos autos, o adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário mínimo, até que lei estipule critério diverso. Recurso denegado.

VISTOS e relatados estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO** interposto de sentença proferida pela MM. Juíza da 19ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, sendo recorrente **MARCIA DE BEM** e recorrido **HOSPITAL NOSSA SENHORA DA CONCEIÇÃO S.A.**

A reclamante recorre quanto ao decidido acerca da base de cálculo do adicional de insalubridade e honorários assistenciais (fls. 94-9).

Contra-razões às fls. 103-12.

²⁰http://iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirDocumentoJurisprudencia?pCodAndamento=31225228&pFormato=rtf

É o relatório.

ISTO POSTO:

1. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

A autora pretende que o adicional de insalubridade seja calculado com base em sua remuneração, salário normativo ou profissional, com a consequente condenação do reclamado ao pagamento das respectivas diferenças, em parcelas vencidas e vincendas, com os reflexos alinhados na inicial.

No tocante à base de cálculo, ressalvado o posicionamento pessoal deste Relator em sentido contrário, curva-se ao entendimento firmado nesta Turma, à luz do disposto na Súmula Vinculante 4 do STF, de que, em hipóteses como a dos autos, o adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário mínimo, até que lei estipule critério diverso.

Adota-se, como razões de decidir, voto proferido pela Exma. Desembargadora Berenice Messias Corrêa, quando do julgamento do processo nº 00219-2008-771-04-00-7 RO, acórdão publicado em 18.11.2008, assim ementado: *RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA RECLAMADA. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Tendo em vista que a Súmula Vinculante nº 04 do STF veda a utilização do salário mínimo como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, bem como dispõe na sua parte final que o salário mínimo não pode ser substituído por decisão judicial, a conclusão que se impõe é de que até que seja definida a matéria através de lei, a base de cálculo do adicional de insalubridade deve corresponder ao salário mínimo. Recurso provido.*

Quanto ao pleito de adoção de salário normativo ou profissional para fins de base de cálculo do adicional em questão, como dispôs a decisão *sub judice*, “não vieram aos autos normas coletivas com previsão de salário profissional ou normativo”. Desse ônus não se desincumbiu a postulante.

Destarte, mantém-se o decidido na origem, restando indevidas diferenças do adicional de insalubridade decorrentes da base de cálculo.

Recurso a que se nega provimento.

2. HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS

A recorrente pretende a condenação do demandado ao pagamento de honorários de advogado, aduzindo que a parcela é devida “mesmo quando não assistido por sindicato”.

Em que pese posicionamento divergente deste Relator, que entende ser direito do empregado ao abrigo da justiça gratuita este benefício, de forma a repassar ao empregador o pagamento da verba honorária, o entendimento dominante nesta Turma julgadora é no sentido de que a condenação ao pagamento de honorários advocatícios somente é possível, nesta Justiça Especializada, quando presentes os requisitos da Lei nº 5.584/1970, não preenchidos, na hipótese, por quanto a reclamante não se encontra representada por advogado credenciado pelo sindicato de sua categoria.

De qualquer modo, ratificado o julgamento de improcedência da ação, não se cogita da condenação honorária almejada pela autora.

Nada a prover.

Ante o exposto,

ACORDAM os Magistrados integrantes da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, à unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso ordinário da reclamante.

Intimem-se.

Porto Alegre, 21 de maio de 2009 (quinta-feira).

DES. CLÁUDIO ANTÔNIO CASSOU BARBOSA

Relator designado

[negrito do autor]

Diante disso, restava a insegurança jurídica ressaltada anteriormente, haja vista que no calor do conflito sobre qual a correta aplicação da base de cálculo do adicional de insalubridade existiam diversas decisões, com diversos fundamentos, podendo ser observado que os acórdãos colacionados são do mesmo Tribunal Regional do Trabalho (TRT), certo de que as turmas divergiam em entendimento.

Imperioso salientar que durante muito tempo existiu essa insegurança por parte do Judiciário, mesmo tendo o Ministro Gilmar Mendes, conforme visto anteriormente, decidido em Reclamação Constitucional que a base de cálculo do adicional de insalubridade deveria continuar sendo o salário-mínimo. Isso enquanto não superada a inconstitucionalidade e observando-se que os acórdãos colacionados são posteriores à decisão da Reclamação Constitucional citada, certo de que um destes acórdãos, entre outros vários, ignorou a decisão do citado Ministro.

Ocorre que, aos poucos, a decisão presidencial proferida em Reclamação Constitucional pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Gilmar Mendes foi sendo consolidada. Tal fato pode ser verificado pela decisão do acórdão do processo n. 355.2008.021.06.00.2, da primeira turma do Tribunal Regional do Trabalho de Pernambuco, constando como Redator o Desembargador Ivan de Souza Valença Alves. A decisão foi datada em 05/08/2009 e é posterior à decisão do STF, da qual se colaciona apenas o resumo²¹:

Processo:(RO)0035500-96.2008.5.06.0021 (00355.2008.021.06.00.2)

Redator:Ivan de Souza Valença Alves

Data de publicação: 05/08/2009

Trecho encontrado:

...serigrafia. No que tange à **base de cálculo do adicional de insalubridade**, requer que seja utilizado o...mínimo como **base de cálculo do adicional de insalubridade**. Ao...

Partes

RECORRENTE: Intergraf- Internacional Gráfica e Editora Ltda.
ADV. RECORRENTE: Felipe Valente Kakimoto

Ementa

EMENTA: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - Em 15 de julho de 2008, o presidente do STF, apreciando a Reclamação Constitucional nº 6266, apresentada pela Confederação Nacional da Indústria, suspendeu os efeitos da Súmula 228 do TST que estaria em desacordo com a Súmula Vinculante nº 4 do STF, a qual vedou a utilização do salário mínimo como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, bem como proibiu a sua substituição por decisão judicial. Entendo que essa suspensão trouxe como consequência a manutenção do artigo 192 da CLT, porque inexistia outro parâmetro legal, e tornou-se impossível sua fixação por decisão judicial. Com essas considerações, reformo a sentença de 1º grau no sentido de considerar como base de

²¹ <http://www1.trt6.gov.br/consultaAcordaos/resultadosConsultaInternet.php>

cálculo para o adicional de insalubridade o salário mínimo ao invés do salário da categoria do empregado. Recurso provido, no particular.

Decisão

ACORDAM os Desembargadores da Primeira Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, prover parcialmente o recurso da INTERGRAF INTERNACIONAL GRÁFICA e EDITORA LTDA., para fixar o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade. Ao decréscimo arbitra-se R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Recife, 19 de maio de 2009. Ivan de Souza Valença Alves Desembargador Federal do Trabalho Relator
[destaque do autor]

Atualmente, os Tribunais mantêm o posicionamento de fixar a base de cálculo do adicional de insalubridade vinculado ao salário-mínimo, ou seja, a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário-mínimo, seguindo o disposto no art. 192 da CLT/43, haja vista que a Súmula Vinculante n. 4 do STF não conseguiu sanar o conflito existente. Vejamos²²:

00198-2009-051-03-00-4 RO

Data de Publicação: 03-02-2010

Órgão Julgador: Decima Turma

Tema: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – BASE DE CÁLCULO

Relator: Juíza Convocada Wilmeia da Costa Benevides

Revisor: Des. Marcio Flavio Salem Vidigal

EMENTA: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. Com a promulgação da Constituição Federal a matéria tem gerado amplo debate, e o STF vinha, há algum tempo, manifestando-se no sentido de coibir a adoção do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade. Até que, em 09.05.2008, foi editada a Súmula Vinculante no. 4, "verbis": "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 emprego, nem ser substituído por decisão judicial". Em face deste posicionamento, o Tribunal Pleno do TST editou a Resolução 148, de 10.07.2008, alterando a redação da Súmula 228, que passou à seguinte: "ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. 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". Esta mesma Resolução 148/2008 cancelou a Súmula 17 e a OJ 02, SDI-1, além de conferir nova redação à OJ 47/SDI-1. Porém, a CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA ajuizou, em 11.07.2008, reclamação perante o STF, sustentando 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" (v. f. 416). O pedido liminar formulado pela reclamante foi acolhido pelo Presidente do STF, em 15/07/2008, tendo sido determinada, por despacho, a suspensão da Súmula 228 do TST "na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade" (f. 418). Assim sendo, até a

22

edição de lei que venha a regulamentar o pagamento do adicional de insalubridade, a sua base de cálculo continuará sendo o salário mínimo. A Súmula Vinculante 4 do STF declara a inconstitucionalidade dessa forma de cálculo, mas ressalta a impossibilidade de adoção, pelo Poder Judiciário, de uma forma de cálculo diversa, até que outra norma legal venha a regulamentar o tema, consoante se extrai do seguinte trecho da Rcl 6.266-MC/DF: "No julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante no. 4 (RE 565.714/STF, Rel. Min. Carmem 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" (f. 417).

[destaque do autor]

5 CONCLUSÃO

Em primeiro momento, antes de expor qualquer conclusão, é importante apresentar um breve relato do que foi visto, ou seja, destacar a importância do MTE ao caracterizar as atividades insalubres, tornando possível o recebimento do adicional de insalubridade. Este, por sua vez, é um dos grandes responsáveis pela melhora da segurança nas relações laborais, tendo em vista que as empresas podem reduzir seus gastos investindo na redução de riscos por meio do fornecimento de EPI ou pelo melhoramento estrutural de suas instalações.

Assim, o adicional de insalubridade, além de servir para remunerar melhor os trabalhadores que sofrem mais desgastes laborais, torna-se também um benefício social, haja vista que as empresas, no momento em que são obrigadas a pagá-lo, passam a ter a possibilidade de investir no melhoramento do labor que em um primeiro momento é insalubre, podendo reduzir ou até mesmo eliminar determinada atividade insalubre, trazendo grandes benefícios aos trabalhadores.

Fato é que o adicional de insalubridade é um direito percebido pelos empregados que atuam em atividades insalubres, atividades que podem originar ou desencadear doenças ocupacionais.

O adicional pode ser pago em diferentes graus de acordo com a intensidade dos agentes insalubres. Deste modo, pode ser pago nas porcentagens de 40%, 20% e 10%, atualmente com base no salário-mínimo, dependendo sempre do grau de insalubridade da atividade exercida e do enquadramento do MTE. Assim, para o empregado ter direito à percepção do adicional de insalubridade, não basta a simples constatação por perícia de que o ambiente ou o labor é insalubre; é necessário que o MTE enquadre tal atividade como insalubre, tendo em vista a Orientação Jurisprudencial da Subseção 1 da Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho n. 4.

Nessa linha, é importante salientar que, excepcionalmente, caso haja o entendimento de que a atividade ou o ambiente seja insalubre, dentro do princípio do livre convencimento motivado, os juízes podem fixar o adicional de insalubridade mesmo não havendo enquadramento no MTE, devendo ser analisados os processos judiciais caso a caso.

Desta forma, o adicional de insalubridade é regulamentado pelo MTE, órgão que identifica os trabalhos e os ambientes insalubres. Compreende-se que o benefício foi criado para remunerar melhor os trabalhadores que exercem atividades insalubres (prejudiciais à

saúde), de forma a compensar o labor degradante, e que também possui fins sociais, já que sua utilização reflete na forma com que as empresas tratam seus funcionários.

Pelo exposto, é extremamente importante o tema em questão, já que atualmente o adicional de insalubridade tem como sua base de cálculo o salário-mínimo e que tal fato é objeto de grande discussão, haja vista a recente Súmula n. 4 do STF e o disposto na CF/88, que vedam a vinculação do salário-mínimo para qualquer fim.

A questão ganha grande repercussão, tendo em vista que no texto trazido pela CLT/43 há a informação de que o adicional de insalubridade deve ter como base o salário-mínimo, sendo certo que até o surgimento da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, tal fato não era motivo de qualquer discussão.

Ocorre que o texto da CF/88 veda a vinculação do salário-mínimo para qualquer fim, o que por muito tempo foi motivo de debate, tendo em vista que a CLT prevê o cálculo do adicional com base no salário-mínimo.

Assim, várias polêmicas foram criadas dentro dessa situação, certo de que várias foram as decisões judiciais, ou seja, houve grande divergência de posicionamentos no julgamento dessa questão. Muitos juízes entendiam que não poderiam mais vincular o cálculo do adicional ao salário-mínimo e outros acreditavam que o entabulado na CF/88 não se aplicava ao caso do adicional de insalubridade.

Conforme citado no trabalho, o TST vinha firmando posicionamento em considerar a base de cálculo do adicional de insalubridade da mesma forma que age com o adicional de periculosidade, ou seja, a base de cálculo vinculada ao salário básico do empregado.

É claramente perceptível que a correta base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário básico do empregado, assim como o cálculo do adicional de periculosidade. Tal remuneração adicional tem fins de melhorar os salários de funcionários que atuam em labores maçantes, além de servir como incentivo para as empresas melhorarem os trabalhos que envolvem insalubridades, na inteligência de reduzirem os gastos com funcionários.

Imperioso mencionar que, atualmente, as empresas estão “sugando” seus funcionários em trabalhos extremamente insalubres; com o objetivo de lucrar cada vez mais, submetem os trabalhadores a atividades degradantes, pouco se preocupando em melhorar os ambientes e os mecanismos de trabalho.

Deve ser lembrado que o adicional de insalubridade foi inserido no direito brasileiro com o intuito de remunerar melhor os funcionários que atuam em atividades insalubres, servindo como uma compensação. Tal fato já demonstra a necessidade do pagamento do

benefício com base no salário básico, tendo em vista que as porcentagens vinculadas ao salário-mínimo geram um aumento insignificante na remuneração desses trabalhadores.

Ademais, deve ser enfatizado que, além de servir para proporcionar melhores salários, atualmente o referido adicional ganhou força no sentido de motivar as empresas a reduzirem os riscos do trabalho, reduzindo os agentes insalubres ou as atividades insalubres ante a possibilidade da redução de suas despesas.

No entanto, as empresas não estão demonstrando interesse em reduzir os gastos, posto que os valores pagos a título de adicional de insalubridade são ínfimos, não trazendo nenhum prejuízo às mesmas, e os valores investidos na implantação de mecanismos para melhorar a qualidade do trabalho dos funcionários são altos.

No calor das discussões, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 4, dispositivo “bem intencionado” com o intuito de sanar os conflitos existentes, impedindo a vinculação do salário-mínimo como base de cálculo de vantagem, seguindo o entendimento da CF/88.

Ocorre que a referida súmula também deixou clara a impossibilidade de alteração da base de cálculo do adicional de insalubridade por meio judicial, o que inviabilizou que o adicional de insalubridade passasse a ter a base de cálculo vinculada ao salário básico do empregado.

Destarte, de maneira temerária, o adicional de insalubridade continua tendo como base de cálculo o salário-mínimo, conforme previsão na CLT/43, haja vista que a Súmula Vinculante n. 4 só tratou de vedar a vinculação do salário-mínimo como base de cálculo de vantagem, impossibilitando alterações por parte do Judiciário. Torna-se então necessário a criação de nova lei para regulamentar de forma correta a base de cálculo do adicional de insalubridade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ivan de Souza Valença. **Acórdão no processo n.º 355.2008.021.06.00.2, da 1ª turma do Tribunal Regional do Trabalho de Pernambuco**. Disponível em: <<http://www1.trt6.gov.br/consultaAcordaos/resultadosConsultaInternet.php>>. Acesso em: 26 out. 2011.

AMADO FILHO, Agnaldo. **Sentença no processo n.º 1009.2008.055.03.00.5**. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm> Acesso em: 22 nov. 2011.

BARBOSA, Cláudio Antônio Cassou. **Acórdão no processo de n.º 1192.2007.019.04.00.9, da 8ª turma do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirDocumentoJurisprudencia?pCodAndamento=31225228&pFormato=rtf>. Acesso em: 25 out. 2011.

BENEVIDES, Wilmeia da Costa; VIDIGAL, Márcio Flávio Salem. **Ementa no processo n.º 198-2009-051-03-00-4, da 10ª turma do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais**. Disponível em: <http://gsa.trt3.jus.br/search?q=base+de+calculado+do+adicional+de+insalubridade&partialfields=&requiredfields=&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&entqr=3&output=xml_no_dtd&entsp=0&client=trt3Juris&ud=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&proxystylesheet=trt3Juris&proxyreload=1&site=JurisEmenta&filter=0&getfields=*>. Acesso em: 26 out. 2011.

BISSAGIO ENGENHARIA DO TRABALHO. **Surgimento do adicional de insalubridade**. Disponível em: <<http://www.bisaggio.com.br/miolo.php?id=informativo2&seca=91&secb=92>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 22 nov. 2011.

_____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 22 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 194**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200>. Acesso em: 22 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 460**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 22 nov. 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 248**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 22 nov. 2011.

_____. Orientação Jurisprudencial da Subseção n. 1 da Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 22 nov. 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 47**. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 22 nov. 2011.

_____. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 22 nov. 2011.

_____. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> . Acesso em: 22 nov. 2011.

_____. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 191. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 22 nov. 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 80**. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 22 nov. 2011.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 4**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032>. Acesso em: 22 nov. 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 228**. Disponível em: <http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_html_atual.html>. Acesso em: 22 nov. 2011.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**: Legislação complementar/Jurisprudência. 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2010.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar. **Decisão em Reclamação Constitucional de nº 6.266**. Publicada em 15 de julho de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28base+de+calculado+do+adicional+de+insalubridade%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia>>. Acesso em: 25 out. 2011.

MONTEIRO DE BARROS, Alice. **Curso de Direito do Trabalho**. 7.ed. São Paulo: LTr, 2011.

MONTEIRO DE LIMA, Jaqueline. **Sentença em primeiro instância no processo n.º 581.2007.009.03.00.5**. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm>. Acesso em 22 nov. 2011.

OLIVEIRA, Aristeu de. **Manual de Prática Trabalhista**. 44.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 15.ed. São Paulo: Método, 2011.

PINTO MARTINS, Sérgio. **Comentários à CLT**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SAGRILO, Rosa Pereira Zago. **Acórdão da 8ª turma do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul em processo de n. 10200.08.2007.5.040221**. Disponível em: <http://iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirDocumentoJurisprudencia?pCodAndamento=30639920&pFormato=rtf>. Acesso em: 25 out. 2011.

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. **Insalubridade e Periculosidade: Aspectos Técnicos e Práticos**. 9.ed. São Paulo: LTr, 2009.