

A Súmula Vinculante nº 4 como expressão de *deficit* constitucional

Aldacy Rachid Coutinho

“[...] É um julgamento histórico no sentido de que é o primeiro caso. [...] Vinculante. [...] Súmula vinculante. [...] E friso que é esse o papel do Supremo Tribunal Federal, ou seja, de definir o alcance do direito posto, considerados os ditames constitucionais. [...] esta decisão repercute sobre quinhentos e oitenta processos no Supremo Tribunal Federal e, no âmbito do TST, pelas informações provisórias, algo em torno de dois mil, quatrocentos e cinco processos. Vejam, portanto, o alcance dessa decisão e desse novo procedimento que estamos a declarar. [...] Creio que tivemos, realmente, hoje, um dia histórico [...]” STF. Plenário. Debates para aprovação da Súmula Vinculante nº 4. Ata da 10ª Sessão Ordinária. 30 de abril de 2008. DJe 105/2008, p. 42, publicado em 11.06.2008.

1. A Constituição da República de 1988 inscreve a saúde como direito fundamental social (art. 6º), ao determinar, entre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, inc. XXII), pelo que leva em consideração, sobretudo, a integridade física do trabalho, isto é, o aspecto fisiológico da insalubridade, e a “proibição de trabalho [...] perigoso [...] a menores de dezoito [...]” (art. 7º, inc. XXXIII). Reconhece, porém, igualmente, a necessidade de, em presença de agentes insalubres, proceder-se ao pagamento de um complemento salarial, ou seja, de um “adicional de remuneração para as atividades [...] insalubres [...], na forma da lei” (art. 7º inc. XXII).

Para além da segunda, norma proibitiva, as demais normas constitucionais de proteção, sendo a primeira de compleição promocional de um ambiente saudável e a última de feição compensatória independentemente do comprometimento da saúde, apenas e tão-somente em decorrência da exposição aos efeitos como condição mais gravosa, pressupõem a inevitabilidade, embora denotem seja indesejável, de certo risco à saúde a que se pode sujeitar todo aquele que, nada mais possuindo senão sua força de trabalho, a vende como condição de subsistência sua e de sua família.

Merece ser notada – e severamente criticada –, além da perspectiva puramente monetarista expressa na compensação pelo risco à saúde, quando deveria estabelecer a proibição da exposição a agentes nocivos, ainda, a ausência da extensão dos referidos direitos aos trabalhadores domésticos, consoante se depreende da redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição da República.

2. Se é certo, por um lado, que a Súmula Vinculante nº 4 se apresenta como “acontecimento histórico”, cumprindo o princípio da segurança jurídica, em reconhecimento procedido pelos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal, com o fito de pacificar a jurisprudência e consolidar o entendimento daquela Corte a respeito da impossibilidade de se adotar o salário mínimo¹ como parâmetro para indexação de parcelas pecuniárias de empregados, é certo, ademais, por outro lado, que não teve o condão de superar a balburdia que se instalara em torno da base de cálculo do adicional de insalubridade;² ao contrário,

¹ Inúmeros são os posicionamentos sobre a impossibilidade de vinculação do salário mínimo para adicional de insalubridade (RE 439.035, RE 208.684, RE 236.396, RE 351.611, RE 284.627, RE 221.234), piso salarial de categorias profissionais (RE 273.205), abonos ou gratificações (RE 426.059), indenização por dano moral (RE 225.488), pensão especial (RE 217.700), multa administrativa (RE 237.965), entre outros. Sobre precedentes, ver RE 565.714, Relatora Ministra Cármen Lúcia.

² No próprio Supremo Tribunal Federal, há julgados pugnano a possibilidade de empregar o salário-mínimo como base de cálculo do adicional de

instalou uma nova fase de absoluta insegurança quanto às normas jurídicas aplicáveis, denotando o *deficit* de constitucionalidade ainda presente e a falibilidade dos efeitos decorrentes da edição das súmulas vinculantes, pois algumas decisões deixam de aplicá-la, a revisão da jurisprudência pacificada no Tribunal Superior do Trabalho não se deu de maneira uniforme e vinculativa para adequação à nova súmula (Enunciado de Súmula nº 228 e Orientação Jurisprudencial SBDI-2 nº 71) e em observância às normas constitucionais, bem como a base de cálculo ora vem sendo determinada como sendo o salário-base, ora o próprio salário mínimo, ora o salário mínimo profissional (inclusive calculado com base em salários mínimos).³

É indiscutível que a regra constitucional inserta no art. 7º, inc. IV, é proibitiva quanto à vinculação do salário mínimo para qualquer fim, embora não tenha caráter absoluto, visando precipuamente que não seja empregado como fator econômico de indexação, inclusive como referência para servir de índice de correção monetária e, com tal medida, pelo seu emprego, acabe por criar empecilhos à implementação de política salarial que concretiza a determi-

insalubridade; por todos, ver RE 340.275, RE 458.802, RE 230.688-AgR.

³ Por todos, anote-se julgamento do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: “ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – BASE DE CÁLCULO – SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO E. STF. [...] Acontece, porém, conforme observou o Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, em recente decisão acerca do tema (TST; RR 955/2006-099-15-00.1; DJU 16-5-2008), ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do art. 192 da CLT e, por conseguinte, da própria Súmula nº 228 do TST, tem-se que a parte final da Súmula Vinculante no 4 do STF não permite que se crie critério novo por decisão judicial. Assim, até que se consolide entendimento diverso do E. STF ou do C. TST, ou 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 quando ao caso for possível aplicar a Súmula nº 17 do TST. Na hipótese em exame, não se têm presentes as circunstâncias que autorizem a adoção dessa Súmula.” TRT-PR-00398-2006-093. Acórdão nº 25525/2008 – 1ª Turma. Relator Des. Edmilson Antonio de Lima DJPR, publicado em 15-07-2008.

nação constitucional de manutenção do poder aquisitivo com o aumento do próprio salário vital, por conta de eventual pressão ante reflexos em cadeia daí decorrentes. Tal argumento, pelo impacto, em última instância (RE 217.700; RE 565.714-SP⁴) justificou a edição da Súmula Vinculante, sendo também acolhido, de outra parte, para entender pela constitucionalidade de dispositivos legais alheios a referida motivação, tal como a fixação de valor de alçada, *in verbis*: “a vedação da vinculação [...] não tem sentido absoluto, [...] mas deve ser entendida como vinculação de natureza econômica, para impedir que, com essa vinculação, se impossibilite ou se dificulte o cumprimento da norma na fixação de salário-mínimo compatível com as necessidades aludidas nesse dispositivo. [...e se ...] não se enquadra na finalidade a que visa a Constituição com a vedação por ela prevista, razão por que não é proibida constitucionalmente.” (RE 20.297).

No tocante a questão afeta aos servidores públicos, agregam-se outros fundamentos para a inconstitucionalidade da vinculação, pois, ao atrelar o cálculo de vantagem ao salário mínimo, (a) a Administração Pública abdicaria de sua competência exclusiva de propor lei específica para o aumento da remuneração (aqui, no caso, o adicional de insalubridade) em adequação aos seus recursos orçamentários, diante da incidência de reajuste automático decorrente dos novos valores do salário mínimo fixados em lei federal; (b) haveria ofensa ao art. 37, inc. XIII, da Constituição da República. (RE 565.714-SP).

Merece destaque, de qualquer sorte, o entendimento de que a construção de sentido do texto gráfico em questão já fora

⁴ “A norma constitucional tem o objetivo de impedir que aumento do salário mínimo gere, indiretamente, peso maior do que aquele diretamente relacionado com o acréscimo. Essa circunstância pressionaria reajuste menor do salário-mínimo, o que significaria obstaculizar a implementação da política salarial prevista no art. 7º, inciso IV, da Constituição da República”. RE 565.714-SP, Relatora Ministra Cármen Lúcia.

distinto, outrora,⁵ no próprio Supremo Tribunal Federal e, em algum aspecto ainda o é na Justiça do Trabalho – inclusive no Tribunal Superior do Trabalho –, ao interpretar restritivamente o dispositivo constitucional para entender que a vedação gravava tão-só elementos exteriores às parcelas pecuniárias trabalhistas, haja vista o contido na Orientação Jurisprudencial nº 71,⁶ da SBDI-2, que contraria a jurisprudência pacificada e a própria súmula vinculante, permitindo a fixação de salário mínimo profissional em salários-mínimos; dada a rejeição dos salários complessivos, os benefícios e vantagens dos empregados sempre tomaram como base de cálculo ou a remuneração como um todo, ou o salário-base do empregado, ou o salário mínimo profissional, ou, por fim, o próprio salário mínimo.

Aliás, a adoção do salário mínimo resultou do fato de que não se haveria de estabelecer diferenças de tratamento pelo empregador em relação a valores percebidos pelos empregados, quando trabalham em contato com os mesmos efeitos nocivos dos agentes insalubres porquanto laboraram no mesmo local, caso tenham padrões remuneratórios distintos, situação agora repentinada; o risco à saúde não poderia merecer tratamento díspar na dependência do salário pactuado, pois, independentemente do padrão de ganho, a saúde de todos deve ter um mesmo “valor”; o salário mínimo serviu, então, de parâmetro para balizar a igualdade de tratamento, ora abandonada pelo Supremo Tribunal Federal.

Pretendeu-se evitar, ademais, que, com o adicional de insalubridade, os trabalhado-

⁵ Ver RE – 458.802, Relatora Ministra Ellen Gracie.

⁶ TST. OJ nº 71. “AÇÃO RESCISÓRIA. SALÁRIO PROFISSIONAL. FIXAÇÃO. MÚLTIPLO DE SALÁRIO MÍNIMO. ART. 7º, IV, DA CF/88. (Nova redação – DJ 22.11.04) A estipulação do salário profissional em múltiplos do salário mínimo não afronta o art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, só incorrendo em vulneração do referido preceito constitucional a fixação de correção automática do salário pelo reajuste do salário mínimo”.

res fossem incentivados a manter contato com os efeitos dos agentes nocivos como condição de possibilidade de incrementar seus ganhos, embora tenha abandonado a natureza indenizatória em prol da salarial e os empregadores se omitissem de reduzir ou eliminar a insalubridade pelo simples atendimento de regra jurídica que determina o pagamento do sobre-salário.

3. Inicialmente fora considerada a “taxa de insalubridade” como indenização,⁷ em compensação ao risco, sendo que desde sempre se rejeitou a possibilidade de se acolhê-la como “retribuição contratada”. Posteriormente, por meio da Lei nº 185, de 14 de janeiro de 1936, teve sua natureza jurídica legalmente alterada para componente remuneratório – adicional de insalubridade de até 50% sobre o salário mínimo,⁸ o que se traduziu em um erro histórico, na medida em que o risco de dano deveria ser indenizado e com o impacto econômico da responsabilidade civil dissuadido o empregador de manter os empregados em exposição aos efeitos nocivos dos agentes, o que incorre na disponibilidade da entrega da força de trabalho comprada mediante contraprestação pela remuneração: “O próprio Tribunal Superior do Trabalho, ao revisar a Súmula nº 228 e restaurar a de nº 17, deixou claro o entendimento de que o cálculo com base no salário mínimo não cumpria os objetivos a que se propunha, pois seria menos dispendioso para o empregador efetuar o pagamento do próprio adicional do que implantar as medidas necessárias à eliminação do risco.”⁹

⁷ CATHARINO, José Martins. Tratado jurídico do salário. Ed. Fac-similada. São Paulo: LTr, 1994, p. 279.

⁸ Art. 2º, Lei nº 185, de 14 de janeiro de 1936; regulamentado pelo Decreto-lei nº 399, de 30 de abril de 1938. Ver, ainda, Portaria nº 51, de 13 de abril de 1939, que aprovou os quadros das indústrias insalubres, competência do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Cabia, então, às Comissões de Salário Mínimo a faculdade de fixar o adicional dentro do limite legal. CATHARINO, José Martins. Op. Cit., p. 279.

⁹ TRT-PR-00398-2006-093. Acórdão nº 25525/2008 – 1ª Turma. Relator Des. Edmilson Antonio de Lima DJPR, publicado em 15-07-2008.

De qualquer sorte, note-se que mesmo o legislador infraconstitucional optou por tratamentos diferenciados em relação às condições prejudiciais de prestação de trabalho, ora proibindo-o quando ocorrer o contato com agentes insalubres, perigosos ou trabalho penoso, como sucede em relação a determinadas pessoas, no caso dos menores de 18 anos (trabalho insalubre, perigoso ou penoso),¹⁰ ora em determinadas situações contratuais em relação ao elasticidade da jornada ordinária (contratos a tempo parcial). Quando permitido, no entanto, há de se assegurar o pagamento de adicionais, conforme a condição desvantajosa, quer agregando como política legislativa a redução de horário de trabalho, tal qual por ficção se adotou na hipótese de trabalho noturno, quer tomando diferentemente base de incidência do cálculo consoante se dispõe em relação aos adicionais de insalubridade ou de periculosidade, se envolvem o direito fundamental à saúde ou à vida. Anote-se, de toda sorte, que, no caso da insalubridade, já houve lei que limitasse o trabalho além da jornada ordinária de oito horas.¹¹

Mas, jamais se enfrentou o tratamento legislativo diferenciado quanto à base de cálculo (adicional de insalubridade/adicional de periculosidade), nem ao tempo da promulgação da Constituição da República em 1988 por conta da vedação da vinculação ao salário mínimo ou para invocar o princípio da isonomia de forma a garantir tratamento igualitário para situações em que empregados arriscavam sua saúde e sua vida trabalhando, como ora se faz para preencher¹² lacuna decorrente da não-

¹⁰ Constituição da República de 1988, art. 7º, inc. XXXIII; até o advento da Lei nº 7.855, de 24 de outubro de 1989, vedado o trabalho feminino em “atividades perigosas ou insalubres, especificadas nos quadros para este fim aprovados” conforme redação original da CLT, art. 387, “a”, (atualmente homens e mulheres são iguais em direitos – art. 5º, “caput” e inc. I).

¹¹ Decreto-lei nº 21.364, de 04 de maio de 1932, que tratava dos industriários empregados em serviços insalubres (art. 4º).

¹² TRT-PR-08-08-2008 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – BASE DE CÁLCULO – SALÁRIO-BASE

recepção (revogação) da parte final do art. 192, da Consolidação das Leis do Trabalho, por analogia (art. 4º, Lei de Introdução ao Código Civil; art. 8º, Consolidação das Leis do Trabalho).

Sua incidência sempre se deu sobre o salário mínimo,¹³ sendo, inclusive nas

DO EMPREGADO - APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 193, § 1º, DA CLT. Com a impossibilidade de utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, em razão da aprovação da súmula vinculante nº 04 do E. STF, nos termos do artigo 103-A da CF, permaneceu no ordenamento jurídico um vácuo legislativo quanto ao tema. Tal lacuna deve ser colmatada pela aplicação analógica do art. 193, § 1º, da CLT (salário-base do empregado), conforme autoriza o parágrafo único do art. 8º da CLT e art. 126 do CPC, mormente considerando que as condições insalubres e perigosas, conquanto diversas, guardam similitude, tanto que disciplinadas pelo mesmo inciso XXIII do art. 7º da CF - *ubi legis ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde impera a mesma razão deve prevalecer a mesma decisão). Trata-se de pura acepção matemática, de uma semelhança de relações, que vai do particular ao particular, não podendo o Direito dela prescindir. TRT-PR-01689-2007-673 Acórdão nº 27899/2008. 3ª Turma. Relator Des. Paulo Ricardo Pozzolo. DJPR, publicado em 08-08-2008. (grifo nosso); TRT-PR-04-07-2008 SÚMULA VINCULANTE Nº 04 DO STF ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE DE ADOÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO BASE DE CÁLCULO - APLICAÇÃO POR ANALOGIA DO ARTIGO 193, § 1º, DA CLT (BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE) - ARTIGO 8º DA CLT - Com a publicação da Súmula Vinculante nº 04 do STF, não se pode mais adotar o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, [...] prevaleceu o entendimento de que, com a promulgação da CF/1988, teriam sido revogados dispositivos legais que tenham fixado o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, a exemplo do artigo 192 da CLT (este não teria sido recepcionado pela CF, relativamente à base de cálculo). Logo, nesta linha de raciocínio, por falta de disposição legal quanto à base de cálculo para o adicional de insalubridade, deve-se aplicar, por analogia, o § 1º do artigo 193 da CLT (adicional de periculosidade), com fulcro no suporte legal dado pelo artigo 8º da CLT, para fixar como base de cálculo do adicional de insalubridade o salário base do empregado, salvo disposição convencional em sentido contrário. [...] TRT-PR-12987-2006-013. Acórdão nº 23423/2008. 4ª Turma. Relator De. Sérgio Murilo Rodrigues Lemos. DJPr, publicado em 04-07-2008.

¹³ Sendo exceção o Decreto-lei nº 5.473, de 11 de maio de 1943, que instituiu um "salário profissional" para indústria e previa o pagamento do acréscimo sobre a remuneração.

primeiras décadas de sua criação, uma atribuição específica das Comissões de Salário Mínimo a de fixar a percentagem incidente, tanto que se afirmou que "é inegável que o conceito legal da 'taxa de insalubridade' está intimamente ligado às normas sobre salário mínimo",¹⁴ muito embora, a hipótese do adicional de periculosidade, que pressupõe exercício de trabalho em atividades de risco à vida (30%), tenha repercutido sobre o salário básico.

4. A trajetória do adicional de insalubridade fora tumultuada, oscilando entre a adoção como base de cálculo o salário mínimo, a remuneração, o salário profissional, o piso nacional de salários ou o salário mínimo de referência, como se depreende da discussão jurisprudencial em torno da base de incidência do adicional de insalubridade por meio de edição de enunciados de súmulas pelo Tribunal Superior do Trabalho, que ora se submete à edição da Súmula Vinculante nº 04 pelo Supremo Tribunal Federal, *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".

Previsto pelo Ministro Marco Aurélio, quando dos debates para aprovação da Súmula Vinculante, tal medida "[...] levará o Tribunal Superior do Trabalho, meu ex-Tribunal, à revisão de um verbete de súmula que admite o cálculo a partir do salário mínimo". Alguns dias após a publicação da Súmula Vinculante, o Pleno da Corte Superior Trabalhista, em sessão realizada em 26 de junho de 2008, aprovou uma nova redação para a Súmula nº 228,¹⁵ *in verbis*:

¹⁴ CATHARINO, José Martins. Op. Cit., p. 280.

¹⁵ TST. Súmula nº 228. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008) - Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008. 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

“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”.

Ora, a inconstitucionalidade que implica a não-recepção da parte final do art. 192 da Consolidação das Leis do Trabalho não é concomitante ou superveniente à Súmula Vinculante, como se fosse possível haver vinculação em período anterior a 9 de maio de 2008.¹⁶ Nem em seu corolário e, assim, em nenhuma hipótese, dada a imperatividade das normas jurídicas, seria constitucional a fixação do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, tal como determinava a anterior redação. Segundo o Ministro Marco Aurélio (RE 565.714-1), “[...] a atuação do Supremo é pedagógica, sendo observada pelos órgãos do Judiciário que estão em patamares diversos”. Nem tanto, justo ao contrário, pois a lição não foi aprendida, eis que, por exemplo, para o Tribunal Superior do Trabalho, a ordem constitucional seria mera expressão de uma súmula vinculante que, esta sim, deve ser observada e atendida a partir de sua edição e, ainda assim, não incorporada por completo, tendo em vista o contido na Orientação Jurisprudencial nº 71, da SBDI-2, que mantém posição contrária à súmula vinculante.

5. Os adicionais laborais têm como objetivo assegurar uma contraprestação pela disponibilidade e entrega da força de trabalho em condições prejudiciais ao trabalhador. Pela própria natureza, a sua provisoriedade assegura o atendimento à ne-

¹⁶ Assim decidiu o TST, aplicando-se o salário mínimo até 9 de maio de 2008. Por todos: TST-RR - 9771/2002-902-02-00. 8ª Turma. Ministra-Relatora Dora Maria da Costa. Julg. 06.08.08. DJ, publicado em 08.08.08. Ver, ainda, a TST. SBDI-2. OJ nº 2. AÇÃO RESCISÓRIA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. CABÍVEL (mantida a redação na sessão do Tribunal Pleno realizada em 26.06.2008) - Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008. Viola o art. 192 da CLT decisão que acolhe pedido de adicional de insalubridade com base na remuneração do empregado.

cessidade de se manter um meio ambiente de trabalho indene e, por conseguinte, sem a presença de agentes nocivos que devem ser eliminados ou neutralizados, inclusive com o uso obrigatório¹⁷ de equipamentos de proteção individual (EPI)¹⁸ franqueados pelo empregador. E, ainda, a condicionalidade (pendente sempre de revisão)¹⁹ busca manter uma relação de implicação com os efeitos nocivos decorrentes do contato com os agentes químicos, físicos ou biológicos acima dos níveis de tolerância²⁰ fixados pelo Ministério do Trabalho,²¹ proporção-

¹⁷ A recusa em utilizar os EPIs é descumprimento faltoso grave que determina a rescisão sem justa causa do contrato individual do trabalho (art. 158, Consolidação das Leis do Trabalho).

¹⁸ TST. Súmula nº 289. INSALUBRIDADE. ADICIONAL. FORNECIMENTO DO APARELHO DE PROTEÇÃO. EFEITO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.

¹⁹ Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977, Consolidação das Leis do Trabalho, art. 194 - “O direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física, nos termos desta Seção e das normas expedidas pelo Ministério do Trabalho”. TST. Súmula nº 248. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DIREITO ADQUIRIDO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A reclassificação ou a 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.

²⁰ TST - SBDI-1. OJ nº 4 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LIXO URBANO. (Nova redação em decorrência da incorporação da Orientação Jurisprudencial nº 170 da SBDI-1, DJ 20.04.2005) 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. [...].

²¹ Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977, Consolidação das Leis do Trabalho, art. 190 - “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. Parágrafo único - As

nalmente à intensidade e ao tempo de exposição aos seus efeitos, classificando-o em distintos graus²² (mínimo, médio e máximo, respectivamente, 10%, 20% ou 40%).

Eliminado o contato com os efeitos nocivos pelo uso de equipamentos individuais de proteção,²³ embora presentes ainda as causas da insalubridade, necessário se faz proceder ao pagamento do referido adicional, mesmo que intermitente,²⁴ salvo se eventual.

6. Melhor seria se os constituintes tivessem abandonado a política de remunerar os efeitos nocivos à saúde pelo contato com agentes insalubres acima dos limites de tolerância. A saúde é indisponível. Mas, se assim não foi, abre-se novamente a oportunidade para enfrentamento do tema a demandar algumas considerações aptas a ensejar o frutífero debate na construção de sentidos do direito constitucional do trabalho.

Em primeiro plano, com primazia, a construção de um direito ao meio ambiente saudável que instale uma perspectiva de supremacia do ser sobre o ter, situação

normas referidas neste artigo incluirão medidas de proteção do organismo do trabalhador nas operações que produzem aerodispersóides tóxicos, irritantes, alérgicos ou incômodos”.

²² A gradação foi instituída pelo Decreto-lei nº 2.162, de 1º de maio de 1940, como “acréscimo de remuneração”. A Consolidação das Leis do Trabalho restabeleceu o parâmetro anteriormente estabelecido, sem gradação, até o limite de 50% sobre o salário mínimo (art. 79), a ser determinado pelas Comissões de Salário Mínimo; com redação dada pela Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977, dispõe o art. 192 – “O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classificarem nos graus máximo, médio e mínimo.”

²³ TST. Súmula nº 80. INSALUBRIDADE (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional.

²⁴ TST. Súmula nº 47. INSALUBRIDADE (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional.

alheia a toda discussão em torno da base de cálculo do adicional de insalubridade. E, até que o legislador infraconstitucional disponha sobre a matéria, que se assegure a determinação normativa constitucional de redução dos riscos, em uma tutela inibitória que preserve um meio ambiente saudável ou, eventualmente, reparatório com o pagamento de indenizações pelo risco de dano ou prejuízo.

Para além, o reconhecimento de que há ainda um *deficit* constitucinal, 20 anos após, e o tempo não resolverá a não ser que se introjete na mentalidade jurídica que é a nova ordem constitucional que deve prevalecer, rompendo a prática instalada entre juslaboralistas que continuam a interpretar a Constituição conforme a Consolidação das Leis do Trabalho, porquanto o novo projeta o desafio de construir sentidos diante da não-recepção.

Por fim, a necessidade de ditar uma solução, que não seja “desapareceu a base de cálculo, extirpou-se o direito”, isto é, em prol da concretização dos direitos assegurados constitucionalmente, mas que harmonize regras e princípios constitucionais.

A efetivação do direito a receber um adicional remuneratório de insalubridade que não poderá ser ditado pela criação pelo Poder Judiciário²⁵ de uma nova base de cálculo, pois seria invasão de competência privativa do Poder Legislativo (princípios da legalidade e separação dos poderes),²⁶

²⁵ “Pelo que caberá à Justiça Trabalhista definir a base de cálculo do adicional de insalubridade devido nas relações regidas pela CLT, levando em consideração a legislação trabalhista e os acordos e as convenções coletivas de trabalho” (RE 565.74).

²⁶ De se rejeitar, portanto, a posição expressa no seguinte julgado, que abre a alberga a possibilidade de o juiz atuar como legislador positivo, concedendo vantagens pecuniárias e não só legislador negativo, que extirpa do ordenamento jurídico regras inconstitucionais: “SALÁRIO PROFISSIONAL. SALÁRIO MÍNIMO. VINCULAÇÃO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. O entendimento jurisprudencial do Excelso Supremo Tribunal Federal é no sentido de que é vedada a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim, de acordo com o disposto no art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal/88. E isto inclui a impos-

nem a adoção da remuneração (art. 457, Consolidação das Leis do Trabalho), eis que assentou o Supremo Tribunal Federal que a expressão “adicional de remuneração” inserida no inciso XXIII do art. 7º da Constituição da República deve ser interpretada como “adicional remuneratório, a saber, aquele que desenvolve atividades penosas, insalubres ou perigosas tem direito a adicional, a compor a sua remuneração. Se a Constituição tivesse estabelecido remuneração do trabalhador como base de cálculo

teria afirmado ‘adicional sobre a remuneração’, o que não fez” (RE 565.714). Não resta outra solução senão a adoção de idêntico parâmetro adotado para o adicional de periculosidade, embora gere distorções pelo pagamento de valores diferenciados a empregados com diferentes padrões salariais, recebendo valores maiores os que tiveram mais condições de investimento no “capital humano”; a saúde dos pobres vale menos.

sibilidade de vinculação do salário profissional ao salário mínimo, cabendo ao juiz fixar os vencimentos da reclamante, nos termos do art. 4º da LICC.” (TST, ERR 423273/98, Ac. SBDI1, Rel. Min. Vantuil Abdala, publicado no DJ de 24.11.2000).