

É INCONSTITUCIONAL CONSIDERAR O SALÁRIO MÍNIMO PARA FINS DE CÁLCULO DE INSALUBRIDADE

Segundo a Bíblia Sagrada, o homem sempre teve de trabalhar para viver, onde registra-se que Deus entregou-lhe o paraíso, mas deu-lhe a missão de conservá-lo com o seu trabalho. (Gabriel Saad).

Leondenis Sarmiento de Castro*

RESUMO

O presente artigo tem como escopo demonstrar que, ao contrário de como vem decidindo, reiteradamente, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho e vários Egrégios Tribunais Regionais do Trabalho, a base de cálculo para quantificação do adicional de insalubridade não deve ser referenciada sobre o salário mínimo, face flagrante inconstitucionalidade do art. 192 da Consolidação das Leis do Trabalho (parte final). Analisa-se a jurisprudência laboral da Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, inclusive recente súmula vinculante nº 4 Suprema Corte (aprovada em maio de 2008) colacionando escólios elucidativos. Propor-se-á alternativa para preenchimento do vácuo legislativo quanto a base de cálculo do citado adicional.

Palavras-chave: Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Salário mínimo. Inconstitucionalidade. Súmula Vinculante nº 4 do STF. Novel Súmula 228 TST.

*Analista Judiciário do TRT 22ª Região, Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Constitucional pela UCAM, Pós-graduando em Direito Público, Professor de Direito Constitucional e Direito do Trabalho. Email: sarmiento@trt22.gov.br.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, no apagar das luzes de 2007 e no clarear da aurora de 2008, o Supremo Tribunal Federal enfrentou questão laboral, antes já jurisprudenciada, relativa à base de cálculo do adicional de insalubridade e, ratificando entendimento, aprovou súmula vinculante, tendo como Cortes divergentes, até o citado marco, o Colendo TST e vários Tribunais do Trabalho.

Permissa venia, defendemos que, hodiernamente, é insustentável, à luz da Carta Magna de 1988, tese de que o cálculo do adicional de insalubridade deve ser efetivado com base no salário mínimo (CLT, art. 192), não havendo percepção de salário profissional ou normativo.

2 DEFINIÇÃO E BASE LEGAL

De acordo com Tuffi Messias Saliba e Márcia Angelim Chaves Corrêa (1998, p.13) “a palavra insalubre vem do latim e significa tudo aquilo que origina doença, sendo que a insalubridade é a qualidade de insalubre”.

Gramaticalmente, conforme prevê o dicionário do Aurélio (FERREIRA, 1999, p. 1115), “insalubridade é não salubre”, ou seja, “que origina doença, doentio”.

O adicional de insalubridade tem como base legal a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), (BRASIL. Consolidação..., 2007) em seu Título II, cap. V seção XIII., e a lei 6.514 de 22/12/1977, que alterou a CLT, no tocante a Segurança e Medicina do Trabalho. Foi regulamentada pela Portaria 3.214, por meio de Norma Regulamentadora, qual seja: NR 15, por meio de 14 anexos.

Dignos de colação, acerca da matéria, ora sob comento, segue comandos legais pertinentes, *ut infra*:

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.” 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%, 20%, e 10% do salário mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio ou mínimo. (Art. 192 – CLT, com redação alterada pela lei 6.514 de 22/12/1977) (BRASIL. Consolidação..., 2007).

NR-15 ATIVIDADES E OPERAÇÕES INSALUBRES (115.000-6)

15.1 São consideradas atividades ou operações insalubres as que se desenvolvem:

15.1.1 Acima dos limites de tolerância previstos nos Anexos n.ºs 1, 2, 3, 5, 11 e 12; (anexo 14)

15.1.2 Revogado pela Portaria nº 3.751, de 23-11-1990 (DOU 26-11-90)

15.1.3 Nas atividades mencionadas nos Anexos n.ºs 6, 13 e 14;

15.1.4 Comprovadas através de laudo de inspeção do local de trabalho, constantes dos Anexos n.ºs 7, 8, 9 e 10.” (Portaria nº 5, de 09 de fevereiro de 1983 do Secretário de Segurança e Medicina do Trabalho).

Faço destaque à disposição celetista, a saber, art. 192, *caput*, que em redação precisa e hialina “ [...] assegura a percepção de adicional respectivamente de **40%, 20%, e 10% do salário mínimo...**”, para fins de cálculo de adicional de insalubridade (destaque nosso). (BRASIL. Consolidação..., 2007) ¹

¹ 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 classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo. obs.dji.grau.3: Art. 1º, Altera o Capítulo V do Título II da CLT - L-006.514-1977

Tal orientação não poderá mais subsistir, face a flagrante inconstitucionalidade do mesmo, conforme veremos.

3 JURISPRUDÊNCIA LABORAL

Ab initio é prudente analisar como vinha decidindo o colendo TST e TRT's, quanto ao assunto.

O Tribunal Superior do Trabalho posicionava-se, nos termos da, recentemente cancelada, Orientação Jurisprudencial (OJ) nº. 2 da Seção Dissídios Individuais(SDI), Subseção I, *litteris*: OJ nº. 2 - Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Mesmo na vigência da CF/88: salário mínimo. (Inserida em 29.03.1996) (destaque nosso).

Na esteira de tal raciocínio aquela Corte Laboral (TST) já decidiu, quando oportunizada, concretizando inúmeros precedentes, merecendo destaque: ROAR 245457/96, Ac. 3349/97, rel. Min. Ângelo Mário - DJ 14.11.97² Decisão unânime; ERR 29071/91, Ac. 402/96, rel. Min. Cnéa Moreira - DJ 22.03.96 Decisão unânime; ERR 123805/94, Ac. 361/96, rel. Min. Indalécio Gomes Neto - DJ 15.03.96 Decisão unânime; ERR 55187/92, Ac. 268/96 rel. Min. Cnéa Moreira - DJ 15.03.96 Decisão unânime.

Portanto, em ilação precisa e imediata, podemos afirmar que a citada Corte Trabalhista entendia perfeitamente legítimo e constitucional o referido art. 192 da CLT (BRASIL. Consolidação..., 2007), quando previa

² ACORDAM os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário para, julgando procedente a Ação Rescisória, desconstituir parcialmente a decisão rescindenda e, em juízo rescisório, proferindo novo julgamento, limitar o pagamento do adicional de insalubridade à sua incidência sobre um Salário Mínimo, nos termos do artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho, ficando excluídas da condenação as diferenças diretas e reflexos, invertidos os ônus da sucumbência na ação rescisória.

que o cálculo do adicional de insalubridade devia tomar como referência o valor do salário mínimo.

Por seu turno, seguindo entendimento esposado pelo C. TST, vários Tribunais do Trabalho, ementam suas decisões, *verbis*:

EMENTA: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO PROFISSIONAL. NÃO-COMPROVAÇÃO. INCIDÊNCIA DO SALÁRIO MÍNIMO. Hipótese em que não há comprovação de que o reclamante ganhava salário mínimo profissional. Nesses termos, a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário mínimo, na forma do artigo 192 da CLT, sendo inaplicável o entendimento contido na Súmula 17 do TST. Incidência da Súmula nº 228 do TST - e da OJ nº 2 da SBDI-1 do TST². (TRT 13ª Região – AP. Ac. Nº 01008.2004. 001.13.00-0, Rel. Des. Edvaldo de Andrade, Agravante José Humberto de Lima e Agravada UNIMED João Pessoa). (grifo nosso).
ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – BASE DE CÁLCULO – SALÁRIO MÍNIMO – A base de incidência dos percentuais relativos ao adicional de insalubridade, mesmo após a Carta Política de 1988, continua a ser o salário mínimo legal de que cogita o art. 76 da CLT, conforme melhor interpretação jurisprudencial consubstanciada no verbete nº 228 e na Orientação Jurisprudencial nº 2 da SDI do C. TST. Negado provimento a ambos os recursos. (TRT 15ª R. – RO 31.046/1999 – Rel. Juiz Carlos Alberto Moreira Xavier – DOESP 14.01.2002.

4 DA INCONSTITUCIONALIDADE

Pois bem, caro(a) interlocutor(a), tal linha de raciocínio especificada, *data maxima venia*, e com o peculiar respeito, olvida disposição constitucional que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, *ad litteram*:

Art. 7º da CRF 88 - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - 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 reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim” (destaque nosso). (BRASIL. Constituição (1988), 2008).

A propósito, salutar à presente discussão, faz-se invocar decisão do STF, disciplinando a matéria, *verbo ad verbum*:

Adicional de Insalubridade e Vinculação ao Salário Mínimo - A aplicação do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade viola o disposto no art. 7º, IV, da CF, que veda sua vinculação para qualquer fim. (RE 439035/ES, rel. Min. Gilmar Mendes) (destaque nosso). (BRASIL. Supremo..., 2007a, não paginado).

Com base no entendimento acima declinado, o STF conheceu e deu provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do TST que reformara decisão do TRT de origem que determinara que, após a edição da CF/88, a remuneração do empregado seria a base de cálculo do adicional de insalubridade. Asseverou-se, naquela oportunidade, que o alcance do preceito constitucional é evitar que o atrelamento do salário mínimo a situações diversas iniba o legislador na necessária reposição do poder aquisitivo, isto objetivando o atendimento ao que nele previsto. Enfatizou-se que, no caso, o salário mínimo de referência fora desprezado, adotando-se, no período em discussão, fator vedado pela Constituição.

Sob o pálio da fundamentação supra a Corte Constitucional máxima, em sodalício elucidativo, assim manifestou-se, *verbo pro verbo*:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. INCONSTITUCIONALIDADE. A utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade ofende a parte final do inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal. Precedentes: RE 435.011-AgR e AI 423.622-ED. Agravo Regimental desprovido. (RE-AgR 451220 / ES – 1ª Turma STF – publ. DJ 20-04-2007 – Rel. Min. Carlos Britto) (BRASIL. Supremo..., 2007b, não paginado).

E, *ad argumentandu tantum*, em decisão certa o Colendo Supremo Tribunal Federal, profetizou magistralmente:

Adicional de insalubridade: vinculação ao salário mínimo, estabelecida pelas instâncias ordinárias, que contraria o disposto no art. 7º, IV, da Constituição: precedentes.” (AI 499.211-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29-6-04) (BRASIL. Supremo ..., 2004, não paginado). No mesmo sentido: RE 451.215-AgR, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 28-11-06, DJ de 11-5-07; RE 236.396, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 2-10-98, DJ de 20-11-98.

Ora, após sucessivas decisões da Suprema Corte, outra não seria a conclusão de que o dispositivo celetizado (art.192) (BRASIL. Consolidação..., 2007) foi revogado parcialmente (apenas no tocante à base de cálculo do adicional de insalubridade) pelo que está dito no inciso IV, do artigo 7º, da CF/88 e isto desde 05/10/88, data em que entrou em vigor a nova ordem constitucional.

De acordo com Sebastião Geraldo de Oliveira (2003, p. 344):

[...] a CRFB é clara quando diz que o salário mínimo não pode ser vinculado. Para o autor o entendimento de que a intenção do constituinte era somente evitar a utilização do salário mínimo como fator de indexação em sentido estrito não vem tendo acolhimento no

âmbito do STF, que considera a proibição como vedação absoluta. De fato, pelo texto constitucional, a expressão para qualquer fim não autoriza mesmo outro entendimento.

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2004, p. 477) afirmam:

[...] Entendemos que o art. 192 da CLT, diante da nova ordem constitucional, foi recepcionado quanto aos percentuais do adicional de insalubridade e sua sistemática de cálculo em graus – mínimo, médio e máximo, contudo, não houve a recepção em relação à base de cálculo. Não houve a recepção, na medida em que o próprio texto constitucional fala em adicional de remuneração. Devemos compreender que o adicional de insalubridade, como a periculosidade e a penosidade, devem ser calculados sobre a remuneração do trabalhador. Remuneração não é, bem como não pode ser tida como sinônimo de salário mínimo, como também salário mínimo não se confunde com piso salarial (art. 7º, IV e V, CF).

Sebastião Geraldo de Oliveira (2003, p. 344) também entende que a base de cálculo do adicional de insalubridade deve ser a remuneração do trabalhador. Ensina o citado autor:

[...] O cálculo correto desse adicional deve considerar o salário contratual, sem os acréscimos, como é apurado o adicional de periculosidade e não o salário mínimo. Pode-se argumentar, é certo, que o dispositivo remete o assunto para regulamentação por lei ordinária e, nessa hipótese, prevaleceria, pelo princípio da recepção, a base de cálculo fixada no art. 192 da CLT. Todavia, não se pode ignorar o vocábulo “remuneração” constante da Carta Política, cuja acepção tem contornos bem definidos na doutrina jurídico-trabalhista, valendo ressaltar que a presunção, sobretudo no Direito Constitucional, é de que o legislador tenha preferido a linguagem técnica.

Portanto, da leitura *ut supra*, extrai-se conclusão peremptória de que a base de cálculo do adicional de insalubridade da CLT, 192, parte final (BRASIL. Consolidação..., 2007), não foi recepcionada pela novel ordem constitucional.

5 DA SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO STF

Reza a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL. Constituição (1988), 2008):

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Pois bem, o STF aprovou, neste mês de maio, o Enunciado da Súmula Vinculante 4, (BRASIL. Supremo ..., 2008) nestes termos: “Salvo os casos previstos na Constituição Federal, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”³.

³ RE 565714/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 30.4.2008.

Essa orientação foi firmada pelo STF ao negar provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que assentara a legitimidade do cálculo do adicional de insalubridade com base no salário mínimo.

Declarou-se, naquela oportunidade, a não-recepção da expressão “salários mínimos” contida no caput do art. 3º da Lei Complementar 432/85 do Estado de São Paulo, e do § 1º do mesmo dispositivo legal, *verbis*:

Art. 3º - O adicional de insalubridade será pago ao funcionário ou servidor de acordo com a classificação nos graus máximo, médio e mínimo, em percentuais de, respectivamente, 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento), que incidirão sobre o valor correspondente a 2 (dois) salários mínimos.
 § 1º - O valor do adicional de que trata este artigo será reajustado sempre que ocorrer a alteração no valor do salário mínimo.”

Entendeu a Corte Suprema que os dispositivos impugnados estariam em confronto com a vedação prevista na parte final do inciso IV do art. 7º da CF, reportando-se a vários precedentes da Corte, que assentaram que o sentido dessa proibição seria o de evitar o uso do salário mínimo como fator de indexação, para que, com essa utilização, não se criasse empecilho ao aumento dele em face da cadeia de aumentos que daí decorreriam se admitida essa vinculação (CF: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais ... IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, ..., sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”)(BRASIL. Supremo ... Informativo, 2008).

Considerando que a referida súmula têm efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, restou prejudicada inteligência da OJ nº. 2 da SDI, Subseção I, do TST (BRASIL. Tribunal Superior ..., 2003) que adota o salário mínimo como base de cálculo do

adicional de insalubridade, cabendo impetração de reclamação junto ao STF por aqueles que se sentirem prejudicados ex vi do art. 103-A, § 3º da CRF 88, *verbis*:

Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

6 PROPOSTA DE NOVA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Nesse diapasão, cabe indagar: então, qual seria a nova base de cálculo do adicional de insalubridade, considerando a parcial revogação do artigo 192 da CLT, no que se refere à vinculação ao salário mínimo?

Entendemos que, com a derrogação parcial do artigo 192 da CLT pela CF/88 (art. 7º, IV), passou a inexistir regra legal para se definir a base de cálculo do adicional de insalubridade. Entretanto, a solução está na própria CLT. Vejamos inteligência do artigo 8º, caput, da CLT para esses casos, *litteratim*:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, [...] (grifo nosso).

Assim sendo, por analogia legal, impõe-se a aplicação, ao adicional de insalubridade, o § 1º, do artigo 193, da CLT, que trata do adicional de periculosidade, *verbis*:

§ 1º. O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta

por cento) **sobre o salário** sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa. (destaque nosso).

Frise-se, à guisa de esclarecimento, que ambos os adicionais visam compensar o labor realizado em condições adversas (no caso perigosas e insalubres).

Aperfeiçoando-se à tese, ora esposada pelo presente subscritor (aplicação analógica do adicional de periculosidade), trago à colação caso concreto enfrentado e noticiado pelo C. TST. Vejamos:

Salário efetivo será base para cálculo de adicional de insalubridade.

Fixar como base de cálculo do adicional de insalubridade o salário recebido pelo trabalhador que ajuizou a ação. Esse foi o resultado de embargos em recurso de revista julgados pela Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho, depois de o processo ter passado pelo Supremo Tribunal Federal. Ao apreciar recurso extraordinário, o STF observou que sua jurisprudência impede a adoção do salário mínimo como base de cálculo para qualquer outra relação jurídica de caráter pecuniário, em observância ao inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal.

O STF determinou, ainda, que o TST estabelecesse novo parâmetro para o cálculo do adicional. Com essa decisão, a SDI-1 teve de aplicar, por analogia, a Súmula nº 191 do TST, disciplinadora do adicional de periculosidade. Segundo análise da relatora, Ministra Maria de Assis Calsing, não havia nenhuma informação no processo sobre a percepção de salário profissional ou normativo (situação em que é fixado um salário-base para a categoria), hipótese de que trata a Súmula nº 17 do TST. A solução, então, foi estabelecer a apuração do adicional de insalubridade sobre o salário recebido pelo empregado.

Antes de ir ao STF, o processo passou pela Quinta Turma do TST, que decidiu ser o salário mínimo a base

para o cálculo da insalubridade, conforme a Orientação Jurisprudencial nº 2 da SDI-1 e do artigo 192 da CLT. O trabalhador recorreu à SDI-1, que manteve a decisão. O caso foi então levado ao Supremo Tribunal Federal pelo empregado da Companhia Siderúrgica de Tubarão (CST). (destaque nosso)⁴

Como podemos notar, o citado caso foi às portas do STF e o resultado não foi outro: O STF observou que sua jurisprudência impede a adoção do salário mínimo como base de cálculo para qualquer outra relação jurídica de caráter pecuniário, em observância ao inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal.

In casu, tal situação, como visto acima, definiu posicionamento a ser adotado pelas Cortes Laborais, como assim o fez a SDI-1 que teve de aplicar, por analogia, a Súmula nº 191 do TST, disciplinadora do adicional de periculosidade e, agora, com muito mais razão, após edição da Súmula vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal.

Destarte, face às argumentações supras, pertinentíssima, em parte, novel redação da Súmula 228 do TST, alterada pela Resolução 148/2008, de 26/06/200 (BRASIL. Tribunal Superior, 2008a), conforme veremos abaixo.

7 DA RECENTE DECISÃO DO TST (Sessão do dia 26/06/2008)⁵

Digno de colação matéria veiculada pelo informativo do TST na página de notícias do referido Tribunal. Vejamos:

O Tribunal Superior do Trabalho decidiu ontem (26), em sessão do Tribunal Pleno, dar nova redação à

⁴ Disponível em <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em 21 de abril, 20:10.

⁵ Disponível em <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em 30 de junho de 2008, 12:10

Súmula nº 228 para definir como base de cálculo para o adicional de insalubridade o salário básico, a partir da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, em 9 de maio. A alteração tornou-se necessária porque a Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal veda a utilização do salário mínimo como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado e torna, assim, inconstitucional o artigo nº 192 da CLT.

A redação anterior da Súmula nº 228 adotava o salário mínimo como base de cálculo, a não ser para categorias que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, tivesse salário profissional ou piso normativo. Por maioria de votos, o TST adotou, por analogia, a base de cálculo assentada pela jurisprudência do Tribunal para o adicional de periculosidade, prevista na Súmula nº 191.

Na mesma sessão, o Pleno do TST cancelou a Súmula nº 17 e a Orientação Jurisprudencial nº 2 da SDI-1 e alterou a Orientação Jurisprudencial nº 47 da SDI-1 para adequá-la à nova redação da Súmula nº 228. (destaque nosso).

A propósito leiamos o teor dos verbetes uso aludidos, para melhor análise

Súmula Vinculante nº 4 do STF - “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”.

Súmula nº 191 do TST - “O adicional de periculosidade incide, apenas, sobre o salário básico, e não sobre este acrescido de outros adicionais”.

Súmula nº 228 do TST, “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” (Res. 148/2008 TST de 26/06/08).

Súmula 17 do TST - CANCELADA - “O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado”.

Orientação Jurisprudencial nº 2 da SDI-1 - CANCELADA- “Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Mesmo na vigência da CF/ 1988: salário mínimo”.

Orientação Jurisprudencial nº 47 da SDI-1 - “Hora extra. Adicional de insalubridade. Base de cálculo. É o resultado da soma do salário contratual mais o adicional de insalubridade, este calculado sobre o salário mínimo.”

Como é de notar-se o TST tomará nova direção, seguindo orientação pretoriana (cálculo sobre o salário base), quando dos julgamentos dos processos de insalubridade (hoje totalizando, aproximadamente, cinco mil processo no TST, conforme Min. Vantuil Abdala), porém atentado-se para a data marco de 09 de maio de 2008, data da publicação da citada Súmula nº. 4 TST.

No que pese o novel entendimento do C.TST, é de se aplicar a base de cálculo sobre o salário base também aos casos anteriores à 09 de maio de 2008, pelas razões acima defendidas.

Ressalte-se que, em termos práticos, a aplicação da Súmula 228 do TST está suspensa até que o STF julgue o mérito da Reclamação 6266, haja vista concessão de liminar pelo ministro Gilmar Mendes.

8 CONCLUSÃO

Portanto, em pertinente e devida ilação, podemos afirmar:

- 1- O art. 192 da CLT (parte final), diante da nova ordem constitucional, foi recepcionado quanto aos percentuais do adicional de insalubridade e sua sistemática de cálculo em graus – mínimo, médio e máximo, contudo, não houve a recepção em relação à base de cálculo, na medida em que o próprio texto constitucional fala em adicional de remuneração.
- 2- 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 (súmula vinculante 4 do STF).
- 3- No cálculo do adicional de insalubridade (10%, 20% ou 40%, conforme o grau), deverá incidir a norma disciplinadora do adicional de periculosidade, qual seja: o salário base recebido pelo empregado.
- 4- O adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo, também aos casos anteriores a 09 de maio de 2008.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes (Colabs.). Brasília, DF: Saraiva, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo**, Brasília, n. 504, 7 maio 2008.

_____. 1ª Turma. Recurso Extraordinário nº 236.396, RECTE. : FIAT Automóveis S/A, RECDO. : Silas dos Reis, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. **Diário da Justiça [da União]**, Brasília, DF, 20 nov. 1998, p. 24.

_____. 1ª Turma. AI-AgR nº.499.211, AGTE.: Companhia Siderúrgica de Tubarão, AGDO: Clodoaldo Motta Possatti. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. **Diário da Justiça [da União]**, Brasília, DF, 6 ago. 2004, p. 35.

_____. 1ª Turma. Recurso Extraordinário- AgR nº 435.011-RS, AGTE: Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN, AGDO: Waldemir Maito. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. **Diário da Justiça [da União]**, Brasília, DF, 19 ago. 2005, p. 39. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 set. 2008.

_____. Pleno. Recurso Extraordinário nº 565.714 / ES, RECTES: Carlos Eduardo Junqueira e Outros, RECDO: Estado de São Paulo. Rel. Min. Carmen Lúcia. **Diário da Justiça [da União]**, Brasília, DF, 8 ago. 2008. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 7 set. 2008.

_____. 2ª Turma, Recurso Extraordinário nº 439035/ES, Recorrente: Benedicto Magdalena Martins. Recorrido: Companhia Espírito Santense de Saneamento – CESAN. Relator Min. Gilmar Mendes. **Diário da Justiça [da União]**, Brasília, 11 dez. 2007, p. 1225. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 set. 2008.

_____. Recurso Extraordinário nº AgR 451220 / ES , AGTE: Companhia Siderúrgica de Tubarão – CST, AGDO: Edson Franco da Silva. Rel. Min. Carlos Britto. **Diário da Justiça [da União]**, Brasília, 20 abr. 2007, p. 93.

_____. Súmula Vinculante nº 4. **Diário da Justiça [da União]**, Brasília, DF, n. 105, 11 jun. 2008. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 4 nov. 2008.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. AP. Ac. Nº 01008.2004.001.13.00-0, Agravante: José Humberto de Lima e Agravada:

UNIMED João Pessoa. Rel. Des. Edvaldo de Andrade, **Diário da Justiça [da União]**, Brasília, 1 maio 2008.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. RO 31.046/1999, Processo 00679-1997-017-15-00-9 RO, Rectes: Cooper-Rio - Cooperativa de Trabalho dos Trabalhadores Rurais de São José do Rio Preto e Região Ltda e Sucocítrico Culturale LTDA, Recdo: Jaime José Eleodoro Júnior. Rel. Juiz Carlos Alberto Moreira Xavier. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, 14 jan. 2002.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ROAR 245457/96, Ac. 3349/97. Relator Min. Ângelo Mário. **Diário da Justiça [da União]**, Brasília, 14 nov. 1997. Decisão unânime. (Cancelada pela Resolução TST nº 148/2008). **Diário da Justiça [da União]**, Brasília, 4 jul. 2008.

_____. ERR 29071/91, Ac. 402/96. Relator Min. Cnéa Moreira. **Diário da Justiça [da União]**, Brasília, 22 mar. 1996. Decisão unânime.

_____. ERR 123805/94, Ac. 361/96. Relator. Min. Indalécio Gomes Neto. **Diário da Justiça [da União]**, Brasília, 15 mar. 1996. Decisão unânime.

_____. ERR 55187/92, Ac. 268/96. Relator Min. Cnéa Moreira. **Diário da Justiça [da União]**, Brasília, 15 mar. 1996. Decisão unânime.

_____. ROAR 245457/96, Ac. 3349/97. Rel. Min. Ângelo Mário. **Diário da Justiça [da União]**, Brasília, 14 nov. 1997. Decisão unânime. (Cancelada pela Resolução TST nº 148/2008). **Diário da Justiça [da União]**, Brasília, 4 jul. 2008.

_____. **Orientação Jurisprudencial nº. 2 da Seção Dissídios Individuais (SDI), Subseção I.** Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2003.

_____. **Súmula nº. 228.** Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 4 nov. 2008a.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 183p.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. São Paulo: Ltr, 2003.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000. p. 25.

SÃO PAULO. Lei complementar nº 432. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, 19 dez. 1985.

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. **Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos**. 4. ed. atual. São Paulo: LTr, 1998. p. 13.