

PROBLEMÁTICA SOBRE A BASE DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E SUAS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS E ECONÔMICAS

Marco Antônio Villatore¹

Mariana Leiu Richter²

INTRODUÇÃO

Matéria que tem levantado muita discussão é a relacionada à base de cálculo do adicional de insalubridade, principalmente após o surgimento da Súmula Vinculante 4 do Supremo Tribunal Federal.

Não se pode analisar esse controvertido instituto, sem antes recordar sobre o significado do dual salário e remuneração e acerca da sua classificação, o que pretendemos evidenciar, no presente estudo, para alicerçar a ideia da diferença significativa das várias bases remuneratórias e salariais, utilizadas para o cálculo do supracitado adicional.

A dimensão dessa discussão deve, obrigatoriamente, passar pela apreciação dos princípios que são garantidores de proteção ao empregado, contidos na Constituição Federal. Dessa forma, analisa-se a saúde como garantia vital ao trabalhador e, após o primeiro exame, buscar-se-á avaliar as formas estipuladas pela legislação infraconstitucional, para proteção do empregado.

A situação específica do adicional de insalubridade é reconhecida como uma maneira eficaz de compensar o trabalhador por estar propenso a desgaste em decorrência de exercer atividades que prejudicam a sua saúde. Sua base de cálculo foi recentemente objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal e, a partir disso, todo ordenamento jurídico se encontra em estado de insegurança jurídica.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Roma I, "La Sapienza", revalidado pela UFSC. Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor da FACINTER e da PUCPR. Vice-Presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná. Diretor Administrativo do Instituto dos Advogados do Paraná. Membro do Centro de Letras do Paraná. Membro da Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale (AIDLASS). Membro do Instituto brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior (Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale). Consultor do MERCOSUL 2005/2006. Advogado trabalhista. Endereço eletrônico: marcovillatore@gmail.com

² Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada trabalhista. Endereço eletrônico: leiur@hotmail.com

Vários são os entendimentos esposados nas decisões mais recentes de nossos Tribunais Regionais e Superior do Trabalho, além do Supremo Tribunal Federal, dando origem a um celeuma maior ainda, cuja análise se dará na parte final do presente artigo.

O tema em estudo se reveste, também, de um importante cunho social e econômico, pois, certamente, com a sedimentação para um ou outro lado advirão consequências para as relações laborais, podendo, no caso de se aplicar o salário mínimo, aviltar a situação econômica do trabalhador, que já está vendendo parte de sua saúde e, de outro lado, caso seja decidido ter por base o salário normativo do empregado, poderá gerar um número elevado de dispensas o que, na época por que estamos passando, descotinaria uma verdadeira catástrofe laboral.

1 SALÁRIO

1.1 CONCEITO

Utiliza-se o termo salário para conceituar a principal obrigação do empregador em relação ao empregado, quando aquele retribui, normalmente, em pecúnia pelos serviços prestados ou pelo período em que este obreiro colocou sua força de trabalho à disposição do contratante.

A diferença entre salário e remuneração é encontrada na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu art. 457, determinando que a remuneração possui um aspecto mais abrangente do que o salário, pois afirma que aquela engloba o salário (parcela paga diretamente pelo empregador) e as gorjetas (parcelas, neste caso, pagas por terceiros).

Alice Monteiro de Barros³ assim conceitua salário:

retribuição paga diretamente pelo empregador ao empregado, de forma habitual, não só pelos serviços prestados, mas pelo fato de se encontrar à disposição daquele, por força do contrato de trabalho. Remuneração, por sua vez, é a retribuição devida e paga ao empregado não só pelo empregador, mas também por terceiro, de forma habitual, em virtude do contrato de trabalho.

Seguindo o mesmo raciocínio, Mauricio Godinho Delgado⁴ dispõe que:

remuneração seria o gênero de parcelas contraprestativas devidas e pagas ao empregado em função da prestação de serviços ou da simples existência da relação de emprego, ao passo que o salário seria a parcela contraprestativa principal devida a esse empregado no contexto do contrato.

³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4ª. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 739.

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5ª. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 682.

O assunto é tratado na CLT nos seus artigos 76 a 83 (que disciplinam especificamente o salário mínimo) e nos seus artigos 457 a 467 (que tratam da dinâmica salarial e o contrato de trabalho).

1.2 COMPOSIÇÃO SALARIAL

O estudo sobre a composição salarial analisa as diversas parcelas pagas ao empregado diretamente pelo empregador em função da contraprestação pelo trabalho prestado. É de extrema importância verificar as parcelas que compõem o salário, a fim de garantir que seus efeitos jurídicos sejam expressos de maneira correta.

Amauri Mascaro Nascimento⁵ classifica os complementos salariais de acordo com a sua origem como: imperativos (aqueles obrigatórios por legislação ou decisão judicial em Dissídio Coletivo do Trabalho); negociados (aqueles previstos em negociação coletiva de trabalho); os voluntários (aqueles ajustados no contrato individual trabalho).

Os abonos são antecipações ou adiantamentos salariais concedidos ao empregado pelo empregador, sendo considerados parcelas integrantes ao salário, e possuindo as mesmas proteções dadas ao referido instituto. Há situações, não obstante, em que as regras instituidoras dos abonos não atribuem essa característica, no caso, por exemplo, do abono de férias, previsto no artigo 143 da CLT, quando se converte parte das férias em dinheiro. Desta forma, tal parcela não é considerada salário.

O artigo 144 da CLT esclarece que o abono concedido por contrato de trabalho, regulamento de empresa ou negociação coletiva não integra a remuneração, desde que não exceda a 20 salários mínimos.

Os adicionais, por sua parte, são parcelas da mesma forma pagas pelo empregador, mas em razão do exercício do trabalho prestado de forma mais gravosa. Assim, paga-se um *plus*, um adicional em virtude de desgaste e do risco a que o empregado se submete para cumprir o pacto laboral.

Embora considerado parte integrante do salário, os adicionais não são passíveis da proteção da irredutibilidade, pois podem ser suprimidos à medida que o risco ou o desgaste desaparecem, ou seja, não será mais devido o adicional se as causas que originaram a contraprestação desaparecem da mesma forma, não se incorporando ao salário. Essa situação é chamada de salário, condição acolhida pela doutrina e pela jurisprudência de forma consolidada.

⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria jurídica do salário**. São Paulo: LTr, 1994, p. 132.

As gratificações são liberalidades outorgadas pelo empregador em razão de um evento, ou a título de incentivo aos empregados, sendo de liberalidade exclusiva da instituição empregadora.

Utiliza-se a corrente objetiva ou moderna para explicar que a simples habitualidade, ou a reiteração do pagamento da parcela, produz a sua integração ao contrato, independente da intenção do empregador no momento da origem da instituição da verba. Esse é o entendimento da jurisprudência com os enunciados das Súmulas 152 do TST e 207 do STF, “in verbis”:

Súmula 152 TST - Pagamento de Gratificação - Caráter de Liberalidade - Ajuste Tácito. O fato de constar do recibo de pagamento de gratificação o caráter de liberalidade não basta, por si só, para excluir a existência de um ajuste tácito.
(...)

Súmula 207 STF - as gratificações habituais, inclusive a de natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário.

O décimo-terceiro salário é outra parcela paga pelo empregador em caráter de gratificação legal (Lei 4.090/62 e Lei 4.749/65), em valor de metade do salário, entre os meses de fevereiro e novembro, além da diferença do valor de dezembro com a paga na primeira parcela, com descontos legais nesta segunda parcela.

A Constituição de 1988 garantiu essa parcela também para os empregados domésticos.

Outra parcela salarial são as comissões pagas em decorrência de uma produção alcançada pelo obreiro, sendo condicionada ao serviço realizado pelo trabalhador. A comissão pode ser a única forma de remuneração do empregado, sendo assim considerada como salário, de modo que tal parcela é atingida pelas normas de proteção do salário, como a irredutibilidade. Por se tratar de salário de natureza variável, todavia, o parâmetro do cálculo da comissão será invariável, e não o valor global recebido, uma vez que uma das características elementares do salário variável é que ele se altera em razão da produtividade do obreiro.

O âmbito de variação dessa parcela, no entanto, encontra limites no art. 7º., VII, da Constituição Federal, e artigo 78 da CLT, qual seja, a garantia do salário nunca inferior ao mínimo.

Nesse sentido, Martins Catharino⁶ afirma que:

as percentagens das comissões devem ser estipuladas de modo a permitir ao empregado ganhar, ao menos, o salário vital determinado por lei, no caso que este mínimo já não esteja assegurado pela percepção da parcela fixa contratual. Isto posto, se o comissionado não consegue fazer jus, graças aos negócios que encaminha e conclui, ao mínimo vital, o empregador será obrigado a pagá-lo por inteiro ou simplesmente completá-lo.

⁶ CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. Edição fac-similada São Paulo: LTr, 1994, p. 521.

Os prêmios, por sua vez, são vinculados a fatores pessoais relativos a cada empregado, porém poderão estar ligados a conduta do grupo, como assiduidade e produtividade. Compõem o salário para suas repercussões, entendimento que está consolidado na jurisprudência com a Súmula 209 do STF, a seguir:

o salário-produção, como outras modalidades de salário-prêmio, é devido, desde que verificada a condição a que estiver subordinado, e não pode ser suprimido unilateralmente, pelo empregador, quando pago com habitualidade.

Dessa forma, a importância singular citada anteriormente e que propiciou a análise das parcelas que compõem o salário, destina-se a afirmar seus reflexos no mundo prático trabalhista, em que as parcelas com natureza salarial produzem reflexos no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, nas contribuições previdenciárias, no cálculo da indenização, no décimo-terceiro salário, no repouso remunerado e férias, não ocorrendo, todavia, com as parcelas que não possuem natureza salarial.

Estudar-se-ão, na sequência, as classificações doutrinárias acerca do salário, do que advirá uma repercussão direta dentro do proposto a se discutir, com maior relevo, neste trabalho, especialmente na sua parte final.

1.3 CLASSIFICAÇÃO DO SALÁRIO

A classificação do salário propicia uma visão mais sistemática, envolvendo as características comuns e as que são diferentes em cada grupo, com o objetivo final de garantir um entendimento sobre aspectos reais e relevantes sobre o tema.

Apesar de ser encontrado uma grande diversidade de classificações, para este estudo, em particular, apreciar-se-ão com maior profundidade apenas três grupos - salário mínimo, salário profissional e salário normativo -, a fim de possibilitar uma análise sobre suas incidências no mundo fático.

1.3.1 Salário Mínimo

O salário mínimo, em nosso ordenamento, está previsto na Constituição Federal e na CLT. Na Constituição Federal, o artigo 7º., IV, estabelece:

Art. 7º. 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.

O artigo 76 da CLT dispõe:

Art. 76. Salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer, em determinada época e região do país, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.

No plano interno, a Constituição de 1934 teve como base as Convenções 26 e 99 da OIT, que garantiam o salário mínimo, primeiro, para os trabalhadores da indústria e do comércio, e, mais tarde, para os trabalhadores da agricultura. A Constituição de 1937, da mesma forma, garantiu o salário mínimo. A Constituição de 1946 ampliou a função do salário mínimo, o qual deveria garantir além das necessidades do trabalhador, também as de sua família. As Constituições de 1967 e a Emenda Constitucional em 1969 não atualizaram seu conteúdo, apenas reproduzindo as anteriores.

A atual Constituição garantiu que o salário mínimo fosse nacionalmente unificado, não podendo haver um salário mínimo vigente em um Estado, menor do que o salário mínimo vigente em outro Estado. Essa conquista foi importante para não haver mais desigualdades regionais. Dispôs, ainda, quais as necessidades que deveriam ser atendidas com o valor pago pelo salário mínimo, ou seja, educação, alimentação, vestuário, lazer, transporte, moradia, higiene e previdência social.

Outro tema que causa grande discussão é o relacionado à proibição de vinculação do salário mínimo para qualquer fim, trazido na parte final do inciso IV do artigo 7º. da Constituição de 1988 com a finalidade de o mesmo não ser parâmetro para indexação na economia. Desse modo, o salário mínimo não poderia, em tese, ser usado como base de cálculo, inclusive, para o adicional de insalubridade, que ora se estuda.

Antes de 05 de outubro de 1988, com a promulgação da atual Constituição brasileira, o salário mínimo era apresentado e modificado por Decreto do Presidente da República. Somente a análise do Presidente era necessária para se alterar o salário mínimo. Após essa data, o processo de alteração ficou mais rígido, com novas normas, sendo que o salário mínimo somente poderá ser estipulado por diploma legal, ou seja, podendo ser modificado apenas por meio de um projeto de lei, que será votado pelos parlamentares e após profundas discussões e análises dos alcances e limites do valor do salário na economia atual. Nesse momento, inclui-se preocupação com a previsão orçamentária.

Essa norma Constitucional possui outras características, como a irrenunciabilidade e a inegociabilidade. Para o salário mínimo não se aplica o que dispõe o art. 7º, VI, da Constituição, evidenciando que o salário não poderá ser reduzido, salvo nos casos de Acordos Coletivos ou Convenções Coletivas de Trabalho. No presente caso, é uma exceção à irredutibilidade salarial, pois mesmo que haja normas coletivas autorizando a redução do valor do salário mínimo, isso não poderá ser produzido na prática.

Mauricio Godinho Delgado⁷ comenta, ainda:

a lei estadual pode instituir, validamente, piso salarial no respectivo estado desde que superior ao fixado nacionalmente por lei. É que, como se sabe, a Constituição consagrou o princípio da norma mais favorável, explicitando que as vantagens estipuladas em seu art. 7º. não impedem a concessão de outras que visem à melhoria da condição social de trabalhadores rurais e urbanos.

O salário mínimo representa, para todos, o ideal de mínimo existencial, ou seja, o mínimo que um cidadão necessita para sobreviver com dignidade e tendo seus direitos humanos respeitados, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Existe previsão legal (artigo 58-A da CLT), ainda, de contratação a tempo parcial, com duração semanal menor de 25 horas, estabelecendo que o valor salarial será proporcional ao número de horas laboradas, tendo por base o valor hora de outro trabalhador por tempo integral.

1.3.2 Salário Profissional

Ao lado do salário mínimo, existem certos patamares especiais, que devem ser reconhecidos e respeitados na seara trabalhista. Algumas profissões legalmente regulamentadas possuem o piso salarial, que é o valor mínimo pago pelos serviços prestados aos trabalhadores de determinada categoria profissional. Diferencia-se do salário mínimo tradicional, pois o salário profissional não se destina a todos os trabalhadores, mas a certas profissões regulamentadas por lei, e da mesma forma seu salário profissional é regulamentado por lei.

As Lei 4.950-A, de 1966, e a Lei 3.999, de 1961, dispendo sobre as profissões de médico, dentista, engenheiro, agrônomo, veterinário e químico, esclarecem que os trabalhadores das respectivas profissões fazem jus ao salário base mínimo de 6 vezes o salário comum vigente.

Essa norma, vinculando o salário mínimo ao salário profissional não é contrária ao preceito Constitucional que proíbe a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, ou

⁷ DELGADO, *Op. cit.*, p. 759.

seja, é apenas uma forma de obter um patamar básico de onde se mensura o valor para o mínimo do salário profissional. Esse posicionamento é reconhecido pelo TST, de acordo com a OJ 71, SDI/2:

Orientação Jurisprudencial 71 – AÇÃO RESCISÓRIA. SALÁRIO PROFISSIONAL. FIXAÇÃO. MÚTIPLO DE SALÁRIO MÍNIMO. ARTIGO 7º, INCISO IV, DA CF/88. (nova redação – DJ 16.11.04) A estipulação do salário profissional em múltiplos do salário mínimo não afronta o artigo 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.

Outras Súmulas foram necessárias para mais bem regulamentar o tema. Por força da Súmula 143, do TST, os médicos e os dentistas, que trabalham para pessoa jurídica de direito privado, têm seu salário profissional previsto, bem como a jornada de trabalho:

Súmula 143 - Salário Profissional dos Médicos e Dentistas – Proporcionalidade. O salário profissional dos médicos e dentistas guarda proporcionalidade com as horas, efetivamente trabalhadas, respeitado o mínimo de 50 (cinquenta) horas mensais.

A Súmula 370 do TST esclarece, também, sobre as horas extras:

Súmula 370 - TST - Médico e Engenheiro - Jornada de Trabalho. Tendo em vista que as Leis nº. 3.999/1961 e nº. 4.950/1966 não estipulam a jornada reduzida, mas apenas estabelecem o salário mínimo da categoria para uma jornada de 4 horas para os médicos e de 6 horas para os engenheiros, não há que se falar em horas extras, salvo as excedentes à oitava, desde que seja respeitado o salário mínimo/horário das categorias.

Não há o que confundir o salário profissional com o salário normativo. As duas figuras possuem semelhanças, mas não são iguais. Assim, o estudo desses conceitos se torna importante para uma melhor compreensão do tema.

3.1.3 Salário Normativo

O conceito de salário normativo está explicitado por Mauricio Godinho Delgado⁸, que assim dispõe:

salário normativo corresponde ao parâmetro salarial mais baixo que se pode pagar a um empregado no contexto de determinada categoria profissional (ilustrativamente metalúrgicos, bancários, etc.). A noção de categoria profissional, como visto, não se confunde com a de profissão (exceto, em certa medida, nas chamadas categorias diferenciadas). É noção mais ampla, compreendendo uma unidade de trabalhadores alcançada em decorrência da similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum (art. 511, parágrafo 2º. da CLT) e referenciada à atividade econômica preponderante dos respectivos empregadores.

⁸ *Ibidem*, p. 37.

O salário normativo, no sentido amplo, assim como o salário profissional, é um segundo patamar de diferenciação do salário mínimo tradicional. Pode, por sua vez, dividir-se em salário normativo e salário convencional.

Salário normativo, em sentido estrito, é aquele resultante de um Dissídio Coletivo, que envolve os sindicatos dos empregadores e dos empregados, através de uma sentença normativa, que fixará normas e o patamar salarial mínimo aplicável para os empregados representados pelo respectivo sindicato.

O salário convencional, por seu turno, é aquele fixado por Convenção ou Acordo Coletivos, para ser aplicado à respectiva categoria.

Assim, de acordo com Alice Monteiro de Barros⁹ a nomenclatura do salário altera-se conforme a forma em que suas bases foram fixadas: se por Dissídio Coletivo, é chamado de salário normativo, e, se por instrumento de negociação coletiva, é chamado de salário convencional. A mesma autora¹⁰ destaca outra nomenclatura, que é o salário de categoria.

Note-se que ambos não são criados por leis, mas fixados por norma jurídica infralegal, com abrangência de categorias profissionais, e não aos trabalhadores que se enquadram em determinadas profissões legalmente reconhecidas. Se forem criados por lei, a sua área de extensão é em todo território nacional, no caso de salário profissional, porém, se forem estabelecidas por negociação coletiva, a área de abrangência é aquela da incidência da representação das entidades que participaram da relação.

Diante dessa situação de relação jurídica, surge a expressão “piso salarial”, que é uma decorrência do salário normativo no sentido amplo. Nada mais é que uma expressão que corresponde ao menor valor legalmente pago a uma categoria profissional.

Essas conquistas garantidoras de salários mais condizentes com a própria função alimentar do salário faz refletir uma noção ainda maior da sua importância na estrutura da sociedade. Assim, as normas de proteção ao salário surgem com uma importância impar, para garantir um desenvolvimento saudável e justo da sociedade. Dessa forma, estuda-se a seguir como isso se torna possível, na prática, e como a norma jurídica se estruturou para propiciar essa segurança.

⁹ *Ibidem*, p. 803.

¹⁰ *Ibidem*, p. 803.

2. SALÁRIO COMO GARANTIA VITAL AO TRABALHADOR

2.1 PROTEÇÃO DO TRABALHADOR ATRAVÉS DO SALÁRIO

Desde o surgimento do Direito do Trabalho, é claramente presente a vontade popular de melhores condições de trabalho, com salários dignos, respeitando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e outros. A preocupação geral não era apenas encontrar um padrão de justiça, mas também comportar os objetivos dos empregadores em meio do capitalismo.

Assim, as políticas integradas para melhores condições de trabalho se contrapunham com os interesses de quem detinha o poder. Cresceu uma preocupação mundial em alterar esse quadro de injustiça que se alastrava pelo mundo inteiro, em torno do lucro, apenas, sem a preocupação com a justiça social.

O Tratado de Versalhes foi o primeiro documento a estatuir o princípio de salário igual para trabalho de igual valor. Da mesma forma surgiram as Convenções da OIT 100, 111 e 117, que objetivam a igualdade de remuneração entre homens e mulheres, negando discriminações de qualquer natureza nas relações de trabalho, bem como preveem o implemento de políticas sociais antidiscriminatórias pelos Estados Nacionais.

No Brasil, a Constituição Federal de 1934 trouxe a proibição de diferença salarial, sendo o conceito bastante ampliado na Constituição Federal atual. Entre outros artigos dispõe-se, no artigo 7º., XXX: "proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil", e, ainda, o inciso XXXI do mesmo artigo veda a diferença, discriminação entre os trabalhadores. A própria CLT também acrescenta esse entendimento dispondo em seu art. 5º. que "a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo", e ainda prevê equiparação salarial correspondente ao art. 461, se os requisitos forem cumpridos.

Assegurando o salário justo, é uma forma de garantir que as práticas discriminatórias não ocorram. Diante disso, é de vital importância analisar os princípios garantidores de proteção do salário.

2.1.1 Intangibilidade Salarial

A intangibilidade salarial é uma forma de limitar o poder do empregador sobre o valor que o empregado receberá em troca da prestação de serviços. A regra geral vigente na maioria dos contratos de trabalho é a de que primeiro deverá ocorrer a prestação do serviço, para depois receber salário.

De certa forma, esse sistema propicia uma situação mais confortável para o empregador, e, nessa situação, criou-se a regra contida no *caput* do artigo 462 da CLT:

Art. 462. Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de Lei ou de contrato coletivo.

Tem-se que a regra geral é a de não se poderem fazer retenções do salário do empregado. É um limite claro ao poder do empregador.

O princípio da intangibilidade salarial, nada obstante, não é absoluto, porque o artigo 462 da CLT prevê possibilidades e dispositivos legais que determinem o desconto dos salários do empregado, como também os Acordos Coletivos, danos culposos do empregado, desde que haja acordo, ou os danos dolosos, e, desta vez, não necessitando de contrato, assim dispendo:

§ 1º. Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º., X, estipula que a retenção dolosa do salário constitui crime. Não é nosso objetivo, aqui, estudar profundamente as consequências penais, porém, é interessante ressaltar que este ato se enquadra no ilícito penal de apropriação indébita, quando tenha agido com dolo apenas, preceito esse contido no art. 168 do Código Penal, com pena de reclusão prevista de 01 ano e 04 anos e multa.

Diante do art. 462 da CLT, é necessário ressaltar que a Lei traça ressalvas à regra geral. A primeira seria em relação aos adiantamentos salariais, que são as parcelas pagas antecipadamente pelo empregador a pedido do empregado ou por determinação

convencional. A segunda autorização dos descontos diz respeito aos resultantes dos dispositivos de lei.

Como exemplos do segundo tipo de autorização supracitado citamos a contribuição sindical obrigatória (parte final do art. 8º., IV da Constituição de 1988 cumulado com o art. 578 CLT), contribuição previdenciária, imposto de renda, e ainda quando o desconto seja para ressarcir o empregador de danos causados pelo empregado. Nesta última situação, deve-se esclarecer que, se o dano for provocado por culpa do empregado, o desconto só poderá ocorrer no caso de o contrato de trabalho prever expressamente isso. Já no caso de dolo (vontade de praticar) o empregador poderá descontar o prejuízo diretamente do empregado.

Outros exemplos seguem esse entendimento de autorizar o desconto em caso de prestações alimentícias judicialmente determinadas: custas judiciais; vale transporte; dívidas junto ao sistema financeiro de habitação; retenção do saldo do salário por falta do cumprimento do aviso prévio do empregado que se demite e, por fim, o empréstimo financeiro contratado pelo trabalhador conforme a Lei 10.802/03.

A jurisprudência do TST confirma essa análise, conforme Súmula 342, em relação à autorização quando contratado um plano de assistência, desde que anteriormente pactuado e aceito pelo empregado:

Súmula 342 - Desconto Salarial - Plano de Assistência. Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativa associativa dos seus trabalhadores, em seu benefício e dos seus dependentes, não afrontam o disposto pelo Art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico.

Destaquemos, também, outro entendimento jurisprudencial em relação a danos causados pelos frentistas ao agirem com culpa:

OJ 251 SDI-1 - Descontos. Frentista. Cheques sem fundos. É lícito o desconto salarial referente à devolução de cheques sem fundos, quando o frentista não observar as recomendações previstas em instrumento coletivo.

A terceira ressalva quanto aos descontos é quanto àqueles permitidos por negociação coletiva, a exemplo das contribuições sindicais, porém, distinguem-se da ressalva anterior, pois enquanto aquela contribuição é obrigatória, esta é devida apenas pelos empregados sindicalizados.

Nesse sentido, esclarece Arnaldo Süssekind *et alii*¹¹:

Os descontos decorrentes de dispositivos legais correspondem as obrigações conferida aos empregadores: na maioria das vezes a lei outorga à empresa um verdadeiro mandato, assistindo-lhe, nessa hipótese o dever de efetuar os descontos e recolher as respectivas parcelas aos órgãos predeterminados. Dentre os descontos resultantes de lei, cumpre ressaltar os concernentes as contribuições da Previdência Social, o imposto de renda, a contribuição sindical compulsória, e as demais contribuições devidas pelo empregado ao respectivo empregado.

Os mesmos autores¹² complementam:

No tocante às contribuições sindicais, cumpre registrar que o precedente normativo nº. 119, da SDC TST, proclamou que fere o direito constitucional de livre associação sindical a contribuição a ser descontada dos trabalhadores não filiados ao sindicato interessado, sob a denominação de taxa assistencial ou para o custeio do sistema confederativo.

Dessa forma, somente são permitidos os descontos sobre contribuição sindical daquela parcela instituída por lei, que é compulsória. A outra parcela referente a esse tema. e devida somente por aqueles trabalhadores que são filiados, não poderá ser descontada sem a autorização do empregado.

Com relação aos rurícolas, a Lei 5.889/73, em seu art. 9º., dispõe:

Art. 9º. - Salvo as hipóteses de autorização legal ou decisão judiciária, só poderão ser descontadas do empregado rural as seguintes parcelas, calculadas sobre o salário mínimo: a) até o limite de 20% (vinte por cento) pela ocupação da morada; b) até 25% (vinte e cinco por cento) pelo fornecimento de alimentação sadia e farta, atendidos os preços vigentes) adiantamentos em dinheiro.

§ 1º. - As deduções acima especificadas deverão ser previamente autorizadas, sem o que serão nulas de pleno direito.

¹¹ SÜSSEKIND, Arnaldo; *et alii*. **Instituições de direito do trabalho**. 21ª. ed., 1º. Vol., São Paulo: LTr, 2003, p. 445.

¹² *Ibidem*, p. 446

§ 2º. - Sempre que mais de um empregado residir na mesma morada, o desconto, previsto na letra "a" deste artigo, será dividido proporcionalmente ao número de empregados, vedada em qualquer hipótese a moradia coletiva de famílias.

§ 3º. - Rescindido ou findo o contrato de trabalho, o empregado será obrigado a desocupar a casa dentro de trinta dias.

§ 4º. - O Regulamento desta Lei especificará os tipos de morada para fins de educação.

A supracitada legislação limita o valor a ser descontado com moradia e alimentação, e ainda estipula que devem ser previamente autorizado, sendo regras mais rígidas para efetuação de descontos, pelo fato de que elimina aqueles causados por culpa do trabalhador.

Ainda em relação à intangibilidade do salário, o artigo 449 da CLT estabelece que os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão, em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa. Nesse sentido, está de acordo com a Lei de Falências atual (Lei 11.101/05), no seu art. 83, onde os créditos trabalhistas, assim como os decorrentes de acidentes de trabalho, continuam superprivilegiados, até o limite de 150 salários mínimos por credor.

2.1.2 Irredutibilidade Salarial

Na doutrina e na jurisprudência, igualmente, o salário possui natureza alimentar, constituindo-se como fonte de sobrevivência para o trabalhador e sua família. Diante disso, a intangibilidade e a irredutibilidade salarial são objetos de garantias constitucionais.

Assim sendo, o princípio da irredutibilidade salarial se insere na CLT, no art. 468, o qual dispõe:

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Ora, a redução do salário é a forma que mais gera prejuízos diretamente ao trabalhador, e, por isso, a regra geral estabelecida nesse artigo 468 é a irredutibilidade salarial.

Arnaldo Süssekind *et alii*¹³ esclarece sobre a irredutibilidade:

Um dos aspectos de maior relevo da proteção que a legislação dispensa ao salário concerne à sua irredutibilidade, que decorre do princípio da inalterabilidade contratual, assegurada, de forma ampla, pelo art. 468 da CLT. Essa proteção, portanto, se funda, não apenas na idéia de tutela do trabalhador, mas, igualmente, na de cumprimento do contrato de trabalho: o salário não pode ser modificado por ato unilateral do empregador, nem por acordo do qual resultem prejuízos para o empregado. É que a lei presume viciada a manifestação da vontade do trabalhador que concorda, durante a execução do contrato de trabalho, com a alteração efetuada em seu prejuízo, sobretudo no terreno do salário (Instituições de Direito do Trabalho).

A própria CLT autoriza a redução salarial nas hipóteses de força maior, ou situações em que são imprevisíveis, nas quais o empregador não tenha concorrido de nenhuma forma, ou seja, nem direta ou indiretamente. Assim, dispõe o art. 503 da CLT:

Art. 503. É lícita, em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a redução geral dos salários dos empregados da empresa, proporcionalmente aos salários de cada um, não podendo, entretanto, ser superior a 25% (vinte e cinco por cento), respeitado, em qualquer caso, o salário mínimo da região.

Parágrafo único. Cessados os efeitos decorrentes do motivo de força maior, é garantido o restabelecimento dos salários reduzidos.

A Constituição Federal, por sua vez, não foi omissa em relação ao tema. A partir de 1988, a irredutibilidade salarial depende de outros fatores para ser considerada válida, como a participação do sindicato, resultando da negociação coletiva, através de seus instrumentos, quais sejam, Convenção ou Acordo Coletivos de Trabalho. Permaneceria valendo, todavia, o percentual de redução (25%).

Estabelece a Constituição:

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

(...)

¹³ *Ibidem*, p. 440.

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

Essa situação do art. 7º., VI, da Constituição, trouxe maior segurança para os trabalhadores, pois exige a participação do sindicato para haver a redução salarial.

Assim, o artigo 503 da CLT se encontra parcialmente revogado, pois a atual Constituição Federal, mais recente que a CLT, não recepcionou essa regra, porquanto a Constituição federal é hierarquicamente superior à CLT, devendo as normas infralegais respeitar os preceitos constitucionais. Note-se que, mesmo quando houver uma situação de força maior, a participação do sindicato é indispensável. Dessa forma, a sistemática da CLT está superada, devendo observar o preceito constitucional para analisar o tema.

Arnaldo Süssekind *et alii*¹⁴ acrescenta:

Com a inserção na Lei Maior da possibilidade de serem os salários reduzidos somente por instrumento da negociação coletiva, parece certo que mesmo em circunstâncias excepcionais, só será lícita a redução quando estipulada em convenção ou acordo coletivo. A Constituição adotou nesta hipótese, bem como em relação à duração semanal de trabalho e aos turnos de revezamento (art. 7º., XIII e XIV, a tese da *flexibilização sob tutela sindical*).

A flexibilização do Direito do Trabalho é um instituto moderno que causa muita discussão, sendo um assunto polêmico, pois estabelece ações que, à primeira vista, não são tão benéficas ao trabalhador, mas são sustentadas por bases mais amplas e no desenvolvimento da sociedade como um todo. Assim, analisam Octavio Bueno Magano e Estevão Mallet¹⁵:

Flexibilizar o Direito do Trabalho quer dizer torná-lo mais ajustável a situações fáticas, menos rígido. Simboliza, ainda, a troca do genérico pelo individualizado, do válido pelo eficaz, do fantasioso pelo real. Significa, finalmente, a preponderância da convenção coletiva sobre a lei, da autonomia dos grupos profissionais sobre o paternalismo estatal.

Outro ponto sobre a irredutibilidade salarial é encontrada quando se está diante do chamado salário condição. Essa forma de salário se refere a quando o empregado recebe um valor, por estar presente na condição de trabalho algum requisito que propicie

¹⁴ *Ibidem*, p. 432.

¹⁵ MAGANO, Octavio Bueno; MALLET, Estêvão. **O direito do Trabalho na Constituição**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 105.

esse adicional, sendo o caso, por exemplo, dos adicionais de insalubridade e de periculosidade (artigos 192 e 193 da CLT, respectivamente). São parcelas agregadas ao salário que são condicionadas a determinadas situações, ou seja, nesse caso, ser o ambiente de trabalho lugar insalubre ou perigoso à saúde do trabalhador. Quando o fator determinante da condição insalubre ou perigosa desaparece, o adicional referente a essas situações não é mais devido, não resultando a chamada redução salarial, pois, conforme dito anteriormente, é salário condição. Simplesmente não é mais devido porque a sua causa se extinguiu.

2.1.3 Pontualidade do Pagamento

A ordem trabalhista estabelece garantias ao empregado contra abusos ocasionados eventualmente pelo empregador. Assim, o mesmo deve respeitar as regras concernentes aos critérios de pagamento do salário.

A pontualidade do pagamento é uma das mais importantes regras, pois se desdobra na prática em último caso na rescisão indireta do contrato de trabalho.

Dentre as garantias do salário, a pontualidade do pagamento divide-se em algumas situações, observadas em relação a lugar do pagamento, tempo do pagamento, e a forma do pagamento.

Sobre o lugar do pagamento, a regra celetista esclarece, no art 465, que o pagamento será feito em dia útil, no local do trabalho, dentro do horário de serviço, ou imediatamente após o término deste, salvo quando efetuado por depósito bancário.

Uma exceção ocorre quando os empregados recebem por peça ou tarefa e, nessa situação, o empregador deverá aguardar o fim do expediente para então efetuar o pagamento. Do contrário poderá prejudicar o empregado.

Quanto ao tempo de pagamento, a CLT estipula, no art. 459:

Art. 459. O pagamento do salário qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a (um) mês, salvo no que concerne a comissão, percentagens e gratificações.

§ 1º. Quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido.

Em relação à ressalva quanto às gratificações, torna-se necessária a análise da Lei 3.207/57, pois nesse caso poderão ser exigidas trimestralmente.

A mora salarial resulta na incidência de juros e de correção monetária, podendo o empregado prejudicado dar por rescindido o contrato (art. 483, d, CLT). Nesse sentido, o Decreto-Lei 368/68 traz outros efeitos à mora salarial, prevendo, inclusive, a possibilidade

de responsabilização criminal dos sócios e dos dirigentes da empresa, que poderão se sujeitar à detenção de um mês a um ano.

Outra garantia é de pagamento em moeda corrente do país. Caso seja realizado o pagamento do salário em moeda estrangeira será considerado como não pago conforme art. 463 da CLT.

A CLT estipula outras regras sobre a forma de pagamento dos salários, como a parcela em utilidades, que poderá ser paga ao empregado. O art. 458 da CLT estabelece quais as utilidades e o valor máximo correspondente.

2.1.4 Impenhorabilidade Salarial

A questão da impenhorabilidade do salário é nova, e surgiu a partir da evolução do direito para resguardar seu papel na vida das pessoas, qual seja, resolver conflitos. As relações interpessoais se inovam e o Direito deve acompanhar essa tendência.

Essa garantia está sob a égide do Código de Processo Civil, em seu artigo 649, IV, “in verbis”:

Art. 649 - São absolutamente impenhoráveis:

(...)

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º. deste artigo.

Os salários de qualquer espécie não podem sofrer constrição judicial, sendo créditos livres e desembaraçados em relação a créditos de outra natureza. Essa idéia se legitima com o propósito de garantir que o trabalhador tenha o mínimo necessário para a vida.

O instituto da impenhorabilidade de bens é uma exceção à regra da responsabilidade patrimonial, prevista no artigo 591 do CPC, e tem como objetivo humanizar o processo de execução.

Como é uma exceção, deve ser interpretada restritivamente, e não de maneira ampla. Tem-se a contraposição de dois bens jurídicos assegurados pela lei. Há uma exceção, contudo, pois o salário pode ser penhorável quando há crédito alimentar envolvido. O Direito entendeu que, somente quando com a existência de outra parcela alimentícia, é que se pode penhorar o salário.

Essa situação de penhorabilidade das gorjetas é um exemplo clássico da importância da distinção de salário e de remuneração, presente nos manuais de Direito do Trabalho.

Temos os seguintes julgados:

PENHORA EM SALÁRIO. PAGAMENTO DE DÍVIDA TRABALHISTA. ART. 649, IV, DO CPC. Quando o art. 649, IV, do CPC, determina a impenhorabilidade dos salários, faz a ressalva quanto ao pagamento de prestação alimentícia. A interpretação da expressão 'prestação alimentícia' deve ser buscada no art. 100, § 1º-A, da Constituição Federal. Assim, e em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é passível de penhora os salários do executado quando a dívida se refere ao pagamento de títulos trabalhistas, no limite de 15% do valor salarial percebido pelo executado, mensalmente, até a integral satisfação do crédito exequendo" (TRT – 3ª. R – 3ª. T – Proc. nº. 00634.2002.022.03.00.3 – Rel. César Pereira da Silva Machado Júnior – DJMG 24/6/2006 – p. 8).

(...)

Penhora sobre salário. Possibilidade. A impenhorabilidade absoluta dos salários prescrita no art. 649, IV, do CPC encontra exceção exclusivamente nas prestações alimentícias. Sendo incontestável o caráter alimentício do crédito do exequente, correto o enquadramento desse na exceção prevista na citada norma. Agravo de petição conhecido e desprovido (TRT – 10ª. R – 3ª. T – Proc. nº. 941/1998.018.10.00-0 – Rel. Braz Henriques de Oliveira – DJ 17/3/2006 – p. 27).

Atualmente, na execução trabalhista, à luz do entendimento de parte da jurisprudência, já é possível a penhora parcial de salário, vencimentos, aposentadoria e pensão em situações excepcionais, como ocorre na situação descrita, na Terceira Região, no caso de pensão alimentícia. Deve-se valorar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade em cada caso.

2.2 PRINCÍPIO DA NÃO VINCULAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO

O princípio da não vinculação do salário mínimo foi estipulado como uma garantia constitucional, pois está presente na parte final do inciso IV, do artigo 7º., da Constituição, vedando a vinculação do salário mínimo para qualquer fim.

José Afonso da Silva¹⁶ analisa as normas Constitucionais de proteção ao salário, dispondo:

Essas normas tentam garantir a segurança do trabalhador contra decisões unilaterais dos empregadores, mas resta, ainda, margem razoável para o livre acordo sobre salário nos contratos individuais e nas negociações coletivas, bem como nas decisões normativas.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 294.

Da mesma forma, Nelson Nery Costa e Geraldo Magela Alves¹⁷ explicam que:

deve haver, ainda, reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, que ocorre anualmente. Foi vedada ainda, a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, nos termos da Lei 6.205/75, que estabeleceu a descaracterização do salário como fator de correção monetária.

O salário mínimo foi criado com o objetivo de atender às necessidades vitais do trabalhador, tão somente em um primeiro momento e, após, também de sua família. Sua função está assegurada na Carta Magna. Tal proteção garante sua aplicabilidade no mundo fático, que propicia uma proteção ao trabalhador que necessita dessa quantia para sanar suas necessidades. As regras contidas nas leis complementares e ordinárias, da mesma forma, devem respeitar os preceitos constitucionais, pois do contrário se tornam inconstitucionais.

No caso de haver inconstitucionalidade, todo ato jurídico não compatível com a Constituição Federal pode ter sua legitimidade questionada pelo Judiciário, que atuará no controle indireto e difuso da constitucionalidade.

O dispositivo Constitucional citado visa a impedir a utilização do salário mínimo como fator de indexação de obrigações, mas não é o que ocorre na prática do mundo jurídico.

Muitas são as situações que ferem a Constituição e não são percebidas, ou mesmo são banalizadas, pelos aplicadores do Direito.

Na prática, nota-se que os Ministros dos Tribunais consideram, nas condenações alimentares, a vinculação ao salário mínimo, fato também ocorrido, nas ações de dano moral, onde o valor da condenação é descrito em salários mínimos.

Assim, as decisões judiciais que utilizam o salário mínimo como índice de indexação para as condenações devem ser revistas, citando outros índices, ou mesmo outras bases de cálculos para substituir o salário mínimo, consoante a proibição trazida pela Constituição.

Como explicado, muitas são as situações conflitantes que analisam se o salário mínimo estaria sendo utilizado como indexador - casos estes que chegaram ao Supremo Tribunal Federal depois de passarem pelos Tribunais Regionais - até ficar pacificado, na jurisprudência, qual realmente é o entendimento que deve prevalecer para reinar a segurança jurídica nos tempos atuais.

¹⁷ COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. **Constituição federal anotada e explicada**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45.

A situação específica do salário mínimo, como base de cálculo do adicional de insalubridade, tem causado uma grande polêmica, em decorrência dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho sobre a matéria, julgados estes que serão analisados de forma mais detalhada no próximo capítulo.

3. POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL

3.1 NORMAS SOBRE O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Segundo Amauri Mascaro Nascimento¹⁸:

No plano individual do trabalho, a proteção do salário perante o empregador se faz de várias formas: 1º.) como garantia de entrega do salário ao trabalhador, pela exigência de pessoalidade do pagamento, da necessidade de comprovação idônea mediante recibo ou outro documento aceitável, e da fixação de dia, hora e local para o pagamento. 2º.) como garantia de manutenção do valor do salário contra diminuições resultantes de atos da discriminação (princípio da isonomia salarial), da redução direta e indireta (princípio da irredutibilidade salarial), da vedação de multas e descontos (princípio da intangibilidade dos salários), da nulidade da renúncia (princípio da irrenunciabilidade), e das restrições às compensações e retenções do salário.

Não existem, nada obstante, somente essas garantias. Temos, ainda, a garantia contra terceiros credores do empregado, que é a impenhorabilidade do salário, e também a proteção da não vinculação do salário mínimo para qualquer fim, como estipula o artigo 7º., IV, da Constituição.

Nos capítulos anteriores, analisaram-se as principais características do salário e, ainda, de que maneira o Direito cuidou de sua proteção.

O enfoque agora é outro. Partindo do princípio contido, na Constituição Federal, da vedação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º., IV), surge uma discussão sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade.

Por insalubridade, entendem-se as atividades classificadas no artigo 189 da CLT:

Art. 189. 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.

¹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na Constituição de 1988**. 2ª. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 137.

Isto posto, a CLT no artigo 192, com a mesma redação desde a Lei 6.514/77, também dispõe sobre a insalubridade, “in verbis”:

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.

Conclui-se que a CLT não foi omissa em relação ao adicional de insalubridade, estabelecendo bases e limites para sua auferição, contudo, a Constituição Federal de 1988 emprega outros pontos a respeito do adicional, em seu artigo 7º., inciso XXIII, “in verbis”:

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

(...)

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

Dessa forma, a lei garantiu aos trabalhadores expostos a condições insalubres o direito à percepção do respectivo adicional, garantia essa dada pela CLT e pela Constituição federal, tendo a jurisprudência também se posicionado sobre a matéria, inúmeras vezes, em decorrência dos apelos ocorridos de acordo com a situação fática do empregado. Um exemplo seria a Súmula 47 do TST que, antes de ser redigida, causava grandes discussões. Vejamo-la:

Súmula 47 - Trabalho Intermitente - Condição Insalubre – Adicional. O trabalho executado, em caráter intermitente, em condições insalubres, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional.

Diante do exposto, o adicional de insalubridade, quando devido, era calculado sobre o salário mínimo, à luz do texto celetista, e a partir disso surge a problemática em relação ao princípio constitucional que proíbe a vinculação do salário mínimo para qualquer fim.

3.2 POSIÇÃO TRADICIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Sabe-se que o objetivo principal da norma constitucional não é outro senão evitar que a conexão do salário mínimo a situações diversas acabe por impedir o legislador da necessária reposição do poder aquisitivo do salário.

Sobre o tema, contávamos, ainda, com duas Súmulas do TST. A primeira é a 17, que dispunha:

Adicional de insalubridade devido a empregado que percebe, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, salário profissional, será sobre este calculado.

Essa hipótese é a exceção à qual nos referimos anteriormente. Como exposto, a regra geral seria a de que o adicional é calculado sobre o salário mínimo, porém, quando o trabalhador recebe salário normativo ou profissional, é por esse calculado.

Destaquemos a redação da antiga Súmula 228 do TST:

O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo as hipóteses previstas no Enunciado nº. 17.

A Súmula 7, criada em 1969, foi cancelada em 1994. Desde então, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) passou a adotar em suas decisões sobre o tema a Súmula 28, que definia como base de cálculo para o adicional de insalubridade o salário mínimo, contudo, houve uma revisão geral dos enunciados do Tribunal, ocorrida em 2003, e o pleno retomou o antigo entendimento (da Súmula 17), e, em consequência, alterou a redação da Súmula 28, para excepcionar os casos de salário profissional, e não apenas do salário mínimo como estava.

Com a retomada da Súmula 7 e a alteração criada pela Súmula 228 instaurou-se uma clima de apreensão no Judiciário.

Foi então que o Supremo Tribunal Federal decidiu a controvérsia com uma decisão voltada à necessidade de se conferir maior eficácia às normas constitucionais, e, principalmente, ao princípio da interpretação, conforme a Constituição Federal de 1988.

O STF, em posicionamento de 11 de dezembro de 2007, decidiu da seguinte maneira:

EMENTA Recurso extraordinário. 2. Adicional de insalubridade. Base de cálculo. 3. Vedação de vinculação ao salário mínimo. Posicionamento da 1ª. Turma. Adesão. 4. Restabelecimento do critério estabelecido pelo Tribunal de origem para fixação da base de cálculo. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido. ... Verifica-se que a aplicação do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade viola o disposto no inciso IV do artigo 7º. da Constituição Federal. RE 439035/ES, rel. Min. Gilmar Mendes, 11.12.2007.

O tema dentro do próprio STF sofria divergências, como discorre o Ministro Relator Gilmar Mendes, da Segunda Turma, em seu voto.

Ocorre que a Segunda Turma vinha utilizando, anteriormente, o posicionamento de que o salário mínimo apenas não poderia ser utilizado como indexador, contudo, continuaria sendo utilizado como base de cálculo do adicional de insalubridade, como mostra a seguinte ementa:

EMENTA: Recurso extraordinário. Adicional de Insalubridade. Vinculação ao salário mínimo. Art. 7º., IV da Constituição de 88. 1. O art. 7º., IV da Constituição proíbe tão somente, o emprego do salário mínimo como indexador, sendo legítima a sua utilização como base de cálculo do adicional de insalubridade. 2. Precedentes. 3. Recurso Extraordinário, conhecido e improvido. RE 458.802. Rel. Ministra Ellen Gracie. 30/09/2005.

Esse posicionamento da Segunda Turma, todavia, é divergente do posicionamento da Primeira Turma. Vejamos:

EMENTA: Adicional de insalubridade: vinculação ao salário mínimo, estabelecida pelas instancias ordinárias, que contraria o disposto no art. 7º., IV da Constituição. AgRAI 499.211. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence. 29/06/2004".

Diante dessa divergência entre as turmas, o Ministro Gilmar Mendes estabeleceu seu voto no RE 458.802 da seguinte maneira:

Verifica-se que a utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade viola o disposto no art. 7º., IV da Constituição Federal. Tal preceito Constitucional veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, como ocorre na hipótese dos autos. Desse modo, entendo correto o posicionamento adotado pela 1ª. Turma, afastando a vinculação do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Nesse mesmo Recurso Extraordinário, o Ministro Eros Grau se posicionou da seguinte forma:

Está superado o precedente desta 2ª. Turma no julgamento do RE 458.802, min. Ellen Gracie, DJ 30/09/2005, no sentido de que (o art. 7º., IV da Constituição proíbe tão somente, o emprego do salário mínimo como indexador, sendo legítima a sua utilização como base de cálculo do adicional de insalubridade). Acompanho o ministro Gilmar Mendes, para desvincular a base de cálculo do adicional de insalubridade do salário mínimo, e restabelecer o critério legal utilizado pelo TRT de origem.

Assim, o STF editou o Informativo jurisprudencial 92/2007, assim dispondo sobre o tema:

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. Com base nesse entendimento, a Turma 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 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. RE provido para desvincular a base de cálculo do adicional e restabelecer o critério legal utilizado pelo TRT de origem para fixação da base de cálculo do adicional de insalubridade. RE 439035/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, 11.12.2007.

O STF, porém, na defesa das normas constitucionais, teve, ainda, que se posicionar em relação ao salário mínimo. Isso se deu em decorrência da propositura de uma ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), pelo Governador do Estado do Pará, prevista na Constituição Federal em seu art. 102 parágrafo primeiro por força da Lei 9.882/99. O objetivo é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental causado pelo Poder Público. Vejamos:

Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 1º. - A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

O fato é que o referido Governador ajuizou duas ADPFs: a primeira, de 33, e a segunda, de 47. As ações basicamente questionavam normas estaduais que vinculavam a remuneração de servidores de autarquias ao salário mínimo. O Governo paraense alegava que as normas feriam diretamente o princípio federativo e o artigo 7º., inciso IV, da Constituição Federal.

Na ADPF 33, o Estado entendeu ilegítimo o Decreto Estadual 4.307/86, que vinculava os vencimentos dos servidores do Instituto do Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP) ao salário mínimo nacional. O Plenário do Supremo ao analisar o caso, declarou, por unanimidade, a ilegitimidade do citado Decreto.

Dessa forma, restou ementado, no informativo 412 do STF, na data de 7/12/2005:

ADPF e Vinculação ao Salário-Mínimo - 1 O Tribunal julgou procedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Governador do Estado do Pará para declarar, a partir da Constituição de 1988,

sem se pronunciar sobre o período anterior, a ilegitimidade do regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará – IDESP-, adotado pela Resolução 8/86 do Conselho de Administração e aprovado pelo Decreto estadual 4.307/86, que, tratando da remuneração do pessoal da referida autarquia, extinta e sucedida pelo respectivo Estado-membro, vinculou o quadro de salários ao salário mínimo. Inicialmente, por maioria, o Tribunal conheceu da arguição, ficando vencido, em parte, o Min. Marco Aurélio, que dela não conhecia por falta de capacidade postulatória do argüente, facultando-lhe a regularização da representação processual. No mérito, tendo em conta a vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim (CF/88, art. 7º, IV), entendeu-se que a norma de direito estadual é incompatível com a CF/88, uma vez que utiliza o salário mínimo como fator de reajuste automático de remuneração dos servidores. Além disso, afronta o princípio federativo (CF/88, arts. 1º. e 18), porque retira do aludido Estado-membro a autonomia para decidir sobre esse reajuste, o qual fica vinculado ao índice fixado pelo Governo Federal. Precedentes citados: RE 140499/GO (DJU de 9.9.94); RE 229631/GO (DJU de 1º.7.99); RE 242740/GO (DJU de 18.5.2001). ADPF 33/PA, rel. Min. Gilmar Mendes, 7.12.2005. (ADPF-33).

Em outra oportunidade, o mesmo Estado ingressou com outra ADPF, agora a de 47, em relação ao Decreto Estadual 726/87, que, por sua vez, também vinculava a remuneração dos servidores do extinto Departamento de Estradas e Rodagem do Estado (autarquia estadual) ao salário mínimo. Neste caso, o Plenário julgou apenas a liminar determinando a suspensão da eficácia do Decreto. A liminar também suspende todos os processos e os efeitos de decisões judiciais relacionadas ao assunto, disposto no informativo 92 do STF:

ADPF e Vinculação ao Salário-Mínimo – 3 Por vislumbrar ofensa ao princípio federativo e à proibição de vinculação do salário mínimo para qualquer fim (CF, art. 7º., IV), o Tribunal julgou procedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Governador do Pará para declarar o não recebimento, pela Constituição Federal de 1988, do art. 2º. do Decreto estadual 4.726/87, que cria Tabela Especial de Vencimentos e Salários destinada a remunerar os ocupantes de cargos e funções-de-emprego privativos de titulares de cursos superiores ou habilitação legal equivalente do extinto Departamento de Estradas e Rodagem do referido Estado-membro, estabelecendo que a mesma será constituída por três níveis salariais correspondentes a múltiplos de salário mínimo. ADPF 47/PA, rel. Min. Eros Grau, 12.12.2007.

As alterações não pararam nesse sentido. O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 4 dispondo que:

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. Fonte de publicação DJE nº. 83/2008, em 9/5/2008.

A Súmula Vinculante 4 propõe o entendimento claro e preciso de que o salário mínimo não pode mais ser utilizado como base de cálculo do adicional de insalubridade.

A supracitada Súmula Vinculante foi criada pela Emenda Constitucional 5/2004 que inseriu o artigo 103-A na Constituição Federal, que esclarece sobre o tema:

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.

Assim, o preceito, como o próprio nome já explica, vincula todos os órgãos do Poder Judiciário, ou seja, os Magistrados não podem inovar a respeito da mesma matéria editada na Súmula Vinculante nas suas decisões, devendo seguir o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Importante citar a decisão abaixo, tendo por base a doutrina alemã:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO (CLT, ART. 192). DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE ("UNVEREINBARKEITSERKLÄRUNG"). SÚMULA Nº. 228 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. 2. Assim decidindo, a Suprema Corte adotou técnica decisória conhecida no direito constitucional alemão 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 nº. 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 nº. 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). Recurso de revista provido. (TST; RR 955/2006-099-15-00.1; Sétima Turma; Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho; DJU 16/05/2008; pág. 338) (destaques nossos).

Em sentido similar, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª. Região, São Paulo, já decidiu em sua 1ª. Turma, da seguinte forma:

Adicional de Insalubridade. Base de cálculo. Súmula Vinculante nº. 4 do STF. A Súmula Vinculante nº. 4 do STF não se aplica ao cálculo do adicional de insalubridade. Ao estabelecer que o salário mínimo não pode ser adotado como base de cálculo de vantagem de servidor ou empregado, evidentemente não se referiu ao adicional de insalubridade, porquanto este não representa nenhuma vantagem; ao contrário, representa o pagamento exatamente da desvantagem de se trabalhar em condições danosas à saúde. Entendimento diverso levaria à eliminação do direito ao referido adicional para aqueles cuja categoria não haja convencionado uma base de cálculo qualquer, já que, segundo a SV, essa base não poderia ser fixada por decisão judicial. (TRT/SP, ACÓRDÃO 20080807547, PROCESSO 02477200402602003, Rel. Des. Wilson Fernandes, de 11 de setembro de 2008, publicado no <http://trtcons.srv.trt02.gov.br/cgi-bin/db2www/aconet.mac/main?selacordao=20080807547>, acessado em 28 de fevereiro de 2009).

De forma diversa, houve entendimento do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais que já está aplicando os preceitos da Súmula Vinculante, como o a seguir descrito, publicado na data de 14/06/2008:

EMENTA: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO. De acordo com a Súmula Vinculante nº. 04 do STF, o salário mínimo não pode mais ser utilizado como base de cálculo do adicional de insalubridade. Assim, por aplicação analógica do parágrafo 1º. do artigo 193 da CLT, o adicional de insalubridade será, a princípio, calculado sobre o salário base do empregado. Todavia, nas hipóteses em que o reclamante perceber salário profissional, este deve ser a base de cálculo da referida parcela, conforme entendimento consubstanciado na Súmula 17 do TST, *in verbis*: O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa percebe salário profissional será sobre este calculado. 00038-2008-020-03-00-6 RO, 14/06/2008.

O impacto da decisão poderá refletir na manutenção do salário mínimo como base do adicional de insalubridade ou a adoção de uma interpretação análoga ao contido no parágrafo 1º., do artigo 193, da CLT, em que o adicional deverá ser calculado sobre o salário base do empregado. Entende-se como salário base do empregado aquele sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa e, também, por força do entendimento cristalizado na Súmula 17 do TST, pela qual, se o empregado recebe o piso salarial da categoria, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, o adicional de insalubridade poderia ser calculado sobre este salário profissional, que é o salário mínimo devido aos trabalhadores da categoria.

Ocorre que a Súmula 17 do TST foi cancelada novamente. Isso se deu na sessão do Tribunal Pleno do dia 26/06/2008, e tais mudanças mostram como o tema se insere no contexto atual de alterações em busca da melhor alternativa, a fim de resguardar os preceitos Constitucionais.

A Súmula foi cancelada com o objetivo de não contrariar a nova redação que foi dada à Súmula 228 do TST. A nova redação deu-se pelo fato de que a redação anterior da Súmula 17 adotava o salário mínimo como base de cálculo, a não ser para categorias que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, tivessem salário profissional ou piso normativo, ou seja, utilizava-se o salário mínimo para base de cálculo do adicional de insalubridade; posteriormente, o entendimento modificou-se para que o trabalhador que recebesse o piso profissional ou piso normativo deveria ter piso como base de cálculo; atualmente, 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 191 do TST, qual seja, o salário básico do trabalhador, respeitando, assim, o caráter vinculante do que fora insculpido na Súmula Vinculante 4.

Dessa forma, o STF, que é o guardião máximo das normas contidas na Constituição, vem consolidando a seu posicionamento e a sua jurisprudência no sentido

de que a vinculação do salário mínimo, tanto como base de cálculo para a percepção do adicional de insalubridade, como para outros fins, casos da ADPF, não mais continuem ocorrendo, pois essa atuação vai de encontro à parte final do artigo 7º., IV, da Constituição.

Isto posto, passemos à análise do entendimento jurisprudencial do TST sobre a problemática acerca da vinculação do salário mínimo.

3.3 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

O Tribunal Superior do Trabalho também teve que se manifestar sobre a matéria envolvendo adicional de insalubridade e o salário mínimo. É função dos Tribunais Superiores o resguardo da utilidade prática dos julgados, que foram reiterados e alguns até transformados em Súmulas.

No caso em tela, havia a discussão sobre a utilização das Súmulas 228 e 17. Assim sendo, o TST, seguindo o entendimento do STF, tinha declarado constitucionais as referidas súmulas, instituindo mais um forte posicionamento em utilizar o salário normativo e o salário profissional como bases de cálculo para a percepção do adicional de insalubridade.

A Súmula 17 do TST, como já analisada, trazia o entendimento da base de cálculo do adicional de insalubridade, nos casos em que houver lei fixando salário profissional ou convenção coletiva ou sentença normativa. Assim, a base de cálculo seria o salário mínimo somente nos casos em que não houver um valor determinado como piso da categoria, caso contrário, seria o salário mínimo. Também era essa a idéia que prevalecia na antiga redação da Súmula 228 do TST.

Analisa-se, adiante, uma decisão recente do TST, em que se esclarece esse posicionamento:

Acórdão Inteiro Teor NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 1322/2004-102-04-00.
PUBLICAÇÃO: DJ - 03/08/2007 PROC. Nº. TST-RR-1.322/2004-102-04-00.7 C: A C Ó R D Ã O (Ac. 5ª Turma) JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA. Ministro Relator". RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SÚMULA 17 DO TST. Nos termos da Súmula 17 desta Corte, o adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado. Recurso de Revista de que não se conhece.

Foi uma decisão prolatada em decorrência de Recurso de Revista interposto a fim de utilizar o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade de um trabalhador que tinha o salário ajustado por norma coletiva.

A justificativa para o pleito era a de que a Súmula 17 do TST somente se referia ao empregado que recebesse o salário profissional. Assim caso se utilizasse outra base de cálculo que não a do salário mínimo estaria ferindo aos artigos 76 e 192 da CLT e, ainda, a Súmula 228 TST e a orientação jurisprudencial 02 da SDI-1, da mesma forma cancelada pela Resolução 148, de 26.06.08 assim como a primeira Súmula.

Acrescenta, ainda, que a utilização do piso salarial como base de cálculo é discriminatória, e que a Súmula 17 TST, que foi cancelada e depois tornou a ter efeito, não poderia atingir os atos jurídicos perfeitos, sob ofensa do artigo 5º. inciso XXXVI, da Constituição.

Quanto à aplicação retroativa da Súmula 17, ocorre uma discussão de vital importância. As orientações jurisprudenciais e as súmulas representam o pensamento mais recente e reiterado sobre os assuntos discutidos. Dessa forma, não há como igualá-las com as leis. Estas, sim, dependem de normas de vigência e de eficácia para surtirem efeitos, mas, ao contrário, as Súmulas e as Orientações Jurisprudenciais não possuem seu funcionamento tão rígido. Não há ofensa ao art. 5º, XXXVI, da Constituição.

O fato é que em relação a esse assunto peculiar, a base de cálculo do adicional de insalubridade, o Tribunal Superior do Trabalho vinha entendendo, pelo julgado acima descrito, que as Súmulas 17 e 228 são aplicáveis e que o artigo 7º., IV, da Constituição, que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, também deve ser respeitado neste caso.

Como o Direito não é inerte, as matérias objeto de discussão são cada vez mais analisadas de forma minuciosa, envolvendo diversos aspectos, que antes não foram analisados. Com essa tendência evolucionista do Direito, os posicionamentos que envolvem uma matéria definida podem se alterar.

Foi exatamente o que ocorreu com o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, em relação à base de cálculo do adicional de insalubridade.

Após editada a Súmula Vinculante 4 pelo Supremo Tribunal Federal, que fora objeto de estudo deste mesmo capítulo, subitem “3.2”, o Tribunal Superior do Trabalho alterou seu posicionamento, respeitando o posicionamento da Corte Constitucional.

As decisões do Supremo não vinculam, *a priori*, o julgamento do Tribunal Superior do Trabalho, haja vista que os efeitos das decisões, em regra, geram efeitos somente para as partes do processo. Não é o que se passa com a Súmula Vinculante, nada obstante, cujo dispositivo possui efeitos *erga omnes*, ou seja, vale para todos os processos judiciais a serem julgados, sob pena de se desrespeitar a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Também em razão disso, na data de 26/06/2008, em sessão do Tribunal Pleno do TST, decidiram os Ministros - de acordo com a redação da Súmula Vinculante nº. 4 do STF - alterar a redação da Súmula 228 do TST.

A antiga redação da Súmula 228 do TST acabava contrariando a Súmula Vinculante nº. 4 do STF, pois garantia como base de cálculo do adicional de insalubridade o salário mínimo, enquanto aquela determinava que o salário mínimo não poderia ser utilizado como base de cálculo de vantagens dos servidores ou dos empregados. Eis a nova redação da Súmula 228 do TST:

SÚMULA 228. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CALCULO. 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.

Este fato implica também o cancelamento da Súmula 17, do TST, e a razão para tanto é a de que o comando nela contido deriva do que preceituava a Súmula 228 (o adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de Lei, Convenção Coletiva ou Sentença Normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado).

Foi cancelada, da mesma forma, a Orientação Jurisprudencial 2 da SDI-1, e houve alteração na redação da Orientação Jurisprudencial 47 da SDI-1, a fim de se adequarem a nova redação da Súmula 228 do TST, declarando-se inconstitucional, ainda, o artigo 192 da CLT.

A conclusão que o Tribunal Superior do Trabalho adotou foi a aplicação análoga da Súmula 191 do TST, "in verbis":

Súmula nº. 191 Adicional de Periculosidade – Incidência. O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais. Em relação aos eletricitários, o cálculo do adicional de periculosidade deverá ser efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial.

Assim, a base de cálculo do adicional de insalubridade, por interpretação análoga, é o mesmo do adicional de periculosidade, ou seja, o salário básico, e daí o Tribunal Superior do Trabalho alterou sua Jurisprudência com o objetivo de resguardar a normas Constitucionais e a autoridade da Súmula Vinculante emanada pelo STF e, reflexamente, o direito do trabalhador, elevando o valor que servirá como base de cálculo do adicional de insalubridade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As principais considerações referem-se ao objetivo primordial deste estudo, a partir do que se frisou nos três supracitados capítulos.

Resta claro que o trabalho se direcionou à construção de uma análise da interpretação jurisprudencial a respeito de o salário mínimo ser usado como base de cálculo, porém, mais especificamente, base de cálculo do adicional de insalubridade, contrariando a regra constitucional.

Procuraram-se analisar, primeiramente, os conceitos tradicionais e reconhecidos sobre o salário, e as parcelas que o compõem. Para tanto, tornou-se indispensável a análise da sua natureza jurídica, pois somente dessa forma se pode conhecer o instituto do salário, que provê uma das maiores garantias ao trabalhador, o da contraprestação pelo serviço prestado. Vimos que a idéia central não é o pagamento do salário, somente pelo fato de o empregado ter prestado serviço, mas também pelo fato dele (empregado), ter se inserido na empresa de forma pessoal, de modo que a sua colaboração faça parte das atividades prestadas, e subordinando-se a organização funcional da empresa.

Em seguida, tentou-se demonstrar que o salário, como garantia vital do empregado, encontra garantias contra o direito potestativo do empregador, que estão concentradas nos princípios constantes da Constituição e da CLT. Analisou-se, com o mesmo objetivo, o princípio da não vinculação do salário mínimo para qualquer fim, contrapondo com a norma constante na CLT, que estipula o salário mínimo como sendo base de cálculo do adicional de insalubridade.

O ordenamento jurídico se desenvolve e se modifica a partir de discussões e de análises, constantes na vida do ser humano. Tal tutela busca ser compatível com as mudanças sociais, a fim de prestar melhor o papel que lhe foi dado, qual seja, a função jurisdicional, que é atribuição de resolver os conflitos da sociedade.

A possibilidade da vinculação ou não do salário mínimo, como base de cálculo do adicional de insalubridade, foi analisada, no último capítulo, com o estudo das decisões dos Tribunais Regionais e Superior do Trabalho, além do Supremo Tribunal Federal, bem como os fundamentos que acompanharam as decisões estudadas. Mais do que isto, analisou-se a evolução jurisprudencial sobre o tema.

O assunto parece estar longe de ser exaurido, tanto no que diz respeito ao aprofundamento deste trabalho, como no debate jurídico que se trava diariamente no Direito do Trabalho, sendo adequado e oportuno um permanente questionamento sobre o tema. Por ora, todavia, são estas as principais considerações a serem feitas acerca deste trabalho e seus objetivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4^a. ed. São Paulo: LTr, 2008.

CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. Edição fac-similada São Paulo: LTr, 1994.

COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. **Constituição federal anotada e explicada**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5ª. ed. São Paulo: LTr, 2006.

MAGANO, Octavio Bueno; MALLET, Estêvão. **O direito do trabalho na Constituição**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na Constituição de 1988**. 2ª. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Teoria jurídica do salário**. São Paulo: LTr, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo; *et alii*. **Instituições de direito do trabalho**. 21ª. ed., 1º. Vol., São Paulo: LTr, 2003.

www.stf.jus.br

www.trt3.jus.br

www.trt02.jus.br

www.tst.jus.br