

Súmula Vinculante nº 4 e suas repercussões no adicional de insalubridade

Elaborado em 08.2008.

Priscila Alencar de Souza Vieira

Advogada, Pós-graduanda em Direito do Trabalho pela PUC-SP.

O art. 192 da CLT, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 6.514/1977, regulamenta o recebimento de adicional de insalubridade de acordo com o salário-base da região, assegurando a percepção deste adicional em grau máximo (40%), médio (20%) e mínimo (10%), que se classificará conforme as condições insalubres do local de trabalho, verificadas pelo Ministério do Trabalho.

Com a promulgação da Constituição Federal, começou-se a discutir a constitucionalidade da base de cálculo do adicional de insalubridade, já que o seu art. 7.º, IV, veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim.

Pensou-se, na Justiça do Trabalho, que tal controvérsia estaria resolvida quando houve a edição da Súmula n.º 17 e posteriormente da Súmula n.º 228, ambas do TST, que estabeleceram o piso da categoria profissional como base de cálculo do adicional de insalubridade e, na sua falta, o percentual deveria incidir sobre o salário mínimo.

Recentemente, a matéria voltou a ser alvo de discussão na Suprema Corte, através do Recurso Extraordinário n.º 565714 com Repercussão Geral, interposto pelos policiais militares paulistas, que requeriam que a base de cálculo deste adicional deixasse de ser feita em cima do salário mínimo, determinado pela Lei Complementar 432/85 de São Paulo, para passar a ser realizada em cima do total dos vencimentos recebido pelos servidores.

A ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, relatora do caso, ressaltou que é proibida constitucionalmente a vinculação de qualquer tipo de vencimentos, abonos, pensão ou indenizações, entre outros, ao salário mínimo, não tendo sido, portanto, recepcionada pela Carta Magna, a LC 432/85.

Buscando evitar que os servidores deixassem de receber o adicional por falta de base de cálculo, a Relatora argumentou que este deveria ser calculado em cima do salário mínimo, da data do trânsito em julgado, sendo posteriormente desindexado, para a utilização de Lei específica que viesse a regular sobre o assunto.

Por unanimidade, foi acolhido o seu voto, chegando-se ao entendimento da necessidade da edição de uma Súmula Vinculante versando o assunto, sendo publicada a Súmula Vinculante n.º 4, no dia 09 de maio do ano corrente:

Súmula Vinculante nº. 04. 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.

A primeira parte desta súmula vinculante já era esperada, em virtude de outros julgados que antecederam a sua edição. Porém, a parte final, que proíbe a fixação da base de cálculo pelos juízes e tribunais, surpreendeu, já que não poderá mais ser adotado o salário mínimo como base e não existe lei para servir de parâmetro às futuras decisões.

Sendo os juízes obrigados a sentenciar ou despachar no processo mesmo quando da existência de lacuna ou obscuridade (art. 126 do CPC), a edição dessa Súmula Vinculante causou grande alvoroço no meio jurídico, por não ter sido estabelecido como esses inúmeros processos, que têm como pedido o adicional de insalubridade, deverão ser julgados.

Neste diapasão, os Tribunais Superiores, levando em consideração os reflexos financeiros que esta mudança na base de cálculo poderia ocasionar, estavam adotando técnica decisória alemã ("Unvereinbarkeitserklärung"), conhecida como "Declaração de Inconstitucionalidade sem Pronúncia de Nulidade", onde a norma declarada inconstitucional continua a ser aplicada nas relações obrigacionais, já que o Poder Judiciário não pode substituir o legislador, quando da regulamentação da matéria.

"ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO (ART. 192 DA CLT). DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE ("UNVEREINBARKEITSERKLÄRUNG"). SÚMULA N.º 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 de nulidade, 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 regulamentação da matéria. 3. Nesse contexto, ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do art. 192 da CLT e, por conseguinte, da própria súmula n.º 228 do TST, tem-se que a parte final da súmula vinculante n.º 4 do STF não permite criar critério novo por decisão judicial, razão pela qual, até que se dite 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 n.º 17 do TST, que prevê o piso salarial da categoria, para aquelas categorias que o possuam". Recurso de Revista provido. (TST – RR 955/2006-099-15-00.1 - 7ª Turma – Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho – DJU 16/05/2008).

Esta posição do STF, de limitar o Poder-Dever do magistrado, na solução do caso concreto, sem ter o assunto a ser decidido qualquer tipo regulamentação, feriu sobremaneira a carga de segurança jurídica que o instituto da Súmula Vinculante, na sua teoria, tanto busca resguardar, já que, mesmo baseando-se em doutrinas européias, a expressa autorização para ser aplicada norma declarada inconstitucional choca-se com o Estado Democrático do Direito brasileiro.

Nesta situação, o que se esperava era que o Poder Legislativo editasse o quanto antes norma para regulamentar a matéria, tendo a Ordem dos Advogados do Brasil declarado que até mesmo o Presidente da República, em razão da urgência e importância do assunto, poderia editar medida provisória para sanar este vácuo legislativo^[01].

Motivado pela edição desta nova Súmula Vinculante, o TST, no dia 27 de junho, deu nova redação à sua Súmula n.º 228, que utilizava o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, sempre que não fosse estabelecido salário profissional ou piso normativo ao empregado. Por analogia, o TST adotou a base de cálculo do adicional de periculosidade (Súmula n.º 191 do TST), qual seja: o salário básico do trabalhador. Ressalte-se que, na mesma sessão, o Pleno do TST cancelou a Súmula n.º 17 e a OJ n.º 2 da SDI-1, além de alterar a OJ n.º 47 da SDI-1, tudo para que a jurisprudência majoritária deste Tribunal fosse adequada à nova Súmula Vinculante n.º 4.

No dia 4 de julho, foi publicada a nova redação da Súmula n.º 228 e da OJ n.º 47 da SDI-1, entrando em vigor da seguinte maneira:

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.

OJ 47 da SDI-1. HORA EXTRA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo da hora extra é o resultado da soma do salário contratual mais o adicional de insalubridade.

Com estas alterações, esperava-se que provisoriamente teria se estabelecido um parâmetro para as decisões que envolvessem o cálculo do adicional de insalubridade. Porém, no dia 15 de julho, aproximadamente dez dias após a entrada em vigor da nova Súmula n.º 228 do TST, o Ministro Gilmar Mendes, atual Presidente do STF, suspendeu liminarmente a sua aplicação em atendimento ao pedido formulado pela Confederação Nacional da Indústria, na Reclamação Constitucional n.º 6266, que sustentou, entre outras alegações, que a Súmula n.º 228 confrontava a Súmula Vinculante n.º 4 do STF, já que esta proíbe que o indexador da base de cálculo do adicional de insalubridade seja fixado por decisão judicial.

O Ministro Rider de Brito, atual Presidente do TST, encaminhou ao STF, no dia 22 de julho, esclarecimentos sobre a Súmula n.º 228 do TST, afirmando que foi aprovada a nova redação desta Súmula com o objetivo de estabelecer parâmetros para as futuras decisões envolvendo a matéria pela Suprema Corte. Atualmente, a aplicação da Súmula n.º 228 encontra-se suspensa até que o STF julgue o mérito da reclamação interposta pela CNI.

Esta situação está levando a maioria das turmas do TST, assim como a SDI-1 e a SDI-2, a retirar de pauta de julgamento qualquer tipo de processo que envolva o adicional de insalubridade, principalmente quando nortear sobre a aplicação da Súmula n.º 228.

O panorama atual é de constante controvérsia quando o assunto em pauta é a postura que o Judiciário deve adotar com relação a este adicional, após a publicação da Súmula Vinculante n.º 4. O próprio Ministro do TST Pedro Paulo Teixeira Manus bem se posicionou afirmando que "quanto mais se fala deste assunto, mais controvertido fica" ^[02], já que uma Súmula Vinculante, que deveria vir pra acabar com conflitos jurídicos, está causando muito mais alvoroço do que antes da sua publicação.

O que se espera é que tal discussão seja sanada o mais rápido possível, já que não se pode conceber a idéia do jurisdicionado ser prejudicado, com a suspensão do julgamento dos seus processos, em razão da demora no estabelecimento de qual será a base de cálculo do adicional de insalubridade. Deve, portanto, o STF, em grau de urgência, levar a Pleno o questionamento da Súmula n.º 228. Outrossim, o Poder Legislativo deve voltar seus olhos para esta questão e agilizar a elaboração de lei regulando a matéria para apaziguar o clamor de restabelecimento da ordem jurídica, no que tange à base de cálculo do adicional de insalubridade.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Dayse Coelho de. **Súmula vinculante**. Prática Jurídica, Brasília, nº 41, p. 15-19, agosto de 2005.

ARRUDA, Paula. **Efeito Vinculante: Ilegitimidade da jurisdição constitucional**, estudo comparado com Portugal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Ivan Lira. **Decisões vinculantes**. Instituto de Direito. Rio de Janeiro, 1997, v. 04

DINIZ, Antônio Carlos de A. **Efeito Vinculante e suas conseqüências para o ordenamento jurídico**. Elaborado em 2002. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=252>>. Acesso em julho de 2007

OAB – Conselho Federal, de 30 de maio de 2008. **Ophir quer ação do governo para resolver cálculo de insalubridade**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=13737&ret=pesquisaNoticiasAnoMes.asp?pg=1&d=a&ao=2008&mes=5>>. Acesso em junho de 2008.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Sobre a súmula vinculante**. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/193/4/r133-06.PDF> [1996]>. Acesso em: agosto de 2008.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**, Curitiba, Ed. Juruá, 2007.

STF, Notícias do STF, de 30 de abril de 2008. **Supremo aprova 4ª súmula vinculante.** Disponível em: < [http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=88106 & caixaBusca=N](http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=88106&caixaBusca=N)>. Acesso em abril de 2008.

STF, Notícias do STF, de 17 de julho de 2008. **Liminar suspende Súmula do TST sobre pagamento de insalubridade.** Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=93498&caixaBusca=N>>. Acesso em julho de 2008.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante** – estudos e comentários à lei 11.417, de 19.12.2006, São Paulo, Ed. Método, 2007.

TST. Notícias do TST, de 27 junho de 2008. **TST fixa novo critério para adicional de insalubridade.** Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?pCod_noticia=85&p_cod_area_noticia=ASCS>. Acesso em junho de 2008.

TST. Notícias do TST, de 04 de julho de 2008. **Súmula 228: nova redação foi publicada hoje.** Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=8569&p_cod_area_noticia=ASCS>. Acesso em julho de 2008.

TST. Notícias do TST, de 30 de julho de 2008. **TST envia ao STF esclarecimentos sobre Súmula 228, suspensa por liminar.** Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=8588&p_cod_area_noticia=ASCS>. Acesso em julho de 2008.

TST. Notícias do TST, de 26 de agosto de 2008. **Insalubridade: SDI-2 suspende julgamento até decisão do STF sobre Súmula 228.** Disponível em: < http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=8627&p_cod_area_noticia=ASCS>. Acesso em agosto de 2008.