**A BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E A SÚMULA VINCULANTE Nº 04 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**1. Introdução.**

O presente trabalho tem por escopo estudar a aplicabilidade da Súmula Vinculante nº 04 do Egrégio Supremo Tribunal Federal à luz dos dispositivos constitucionais e legais, em especial quanto ao uso do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Como é cediço muitas discussões acaloradas ocorreram entre os operadores do direito acerca do verdadeiro sentido que se deveria conferir à Súmula Vinculante nº 04 do Egrégio Supremo Tribunal Federal quando de sua edição.

Num primeiro momento, alguns membros do Poder Judiciário chegaram até mesmo a invocar a impossibilidade de sua observância, não obstante esse tipo de jurisprudência vincule juízes do trabalho e desembargadores federais do trabalho, na medida em que não compreendido, de imediato, o seu verdadeiro sentido.

Atualmente a controvérsia parece estar esclarecida acerca da correta aplicabilidade da jurisprudência retromencionada tanto pelo Tribunal Superior do Trabalho, quanto pelos Tribunais Regionais do Trabalho.

 **2. O que preleciona a Consolidação das Leis do Trabalho.**

Dispõe o artigo 189 da Consolidação das Leis do Trabalho que:

Artigo 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.

*O artigo 192 do Texto Consolidado, por sua vez, preconiza que:*

Artigo 192 – O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximos, médio e mínimo (grifei e negritei).

 **3. O que diz a Constituição Federal de 1988.**

A Carta Republicana de 1988, por sua vez, contempla o seguinte no artigo 7º, inciso IV:

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

Inciso 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; (grifei e negritei).

**4. A controvérsia sobre a matéria.**

A controvérsia sobre a matéria reside no fato de que até o advento da Constituição Federal de 1988 era possível ao Poder Legislativo aprovar leis que vinculassem determinado direito ao salário mínimo vigente no País.

Tanto isso é verdade que o adicional de insalubridade encontra-se inserido na Consolidação das Leis do Trabalho tomando-se como base de cálculo o salário mínimo.

Com o advento da Lei Magna em 05/10/1988 o legislador constituinte houve por bem desvincular o salário mínimo de qualquer cálculo e para qualquer fim.

Por certo a preocupação dos congressistas não foi outra senão de evitar a reindexação da economia nos contratos comerciais o que, necessariamente, se irradiaria para outros segmentos, inclusive no que pertine aos direitos dos trabalhadores.

Nesse cenário passaram a surgir vozes entre os operadores do direito no sentido de que a impossibilidade de utilização do salário mínimo, para qualquer fim, inclusive como base de cálculo de direitos trabalhistas, teria como conseqüência inexorável a modificação da base de cálculo do adicional de insalubridade que deveria ser, a partir de então, o salário contratual do trabalhador.

Por óbvio que os empregadores se insurgiram quanto à modificação da base de cálculo ora sustentada por uma parcela da doutrina e da jurisprudência, na medida em que tal implicaria aumento de custo da mão-de-obra.

Com efeito, nos grandes centros industriais do País poucos são aqueles que percebem como remuneração mensal o salário mínimo.

A propósito disso, lembre-se que atualmente é possível até mesmo a edição de lei estadual fixando piso salarial regional superior ao salário mínimo vigente nacionalmente, por força da Lei Complementar nº 103/2000.

Fica evidenciado, portanto, que a modificação da base de cálculo, de fato, traria maior custo da mão-de-obra aos empregadores. Note-se que quanto ao adicional de periculosidade tal controvérsia não ocorreu, pois a base de cálculo do referido direito é e sempre foi o salário contratual, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa, a teor do que dispõe o artigo 193, parágrafo 1º, do Texto Consolidado.

Por envolver matéria constitucional, o litígio chegou ao Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade. A Suprema Corte entendeu ser inconstitucional a vinculação do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, o que levou alguns intérpretes mais precipitados a sustentar que o artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho não teria sido recepcionado pela Lei Maior de 1988.

Como decorrência lógica dessa interpretação apressada, a partir de então, para uma parcela da doutrina e da jurisprudência, dever-se-ia utilizar o salário contratual como base de cálculo do adicional de insalubridade. De fato, o artigo 192 do Texto Consolidado não foi mesmo recepcionado pela Constitucional Federal de 1988.

Então o que teria gerado tanta controvérsia nos meios jurídicos?

Sobre essa matéria houve por bem o Supremo Tribunal Federal aprovar a Súmula Vinculante nº 04, cujo teor é o seguinte:

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.

O próprio **Tribunal Superior do Trabalho, na esteira da edição da Súmula Vinculante nº 04 por** parte do Supremo Tribunal Federal, houve por bem alterar o conteúdo da Súmula 228 que passou a ter a seguinte redação:

**Súmula 228 – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – BASE DE CÁLCULO** (redação anterior alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 26.6.08) – Res. 148/2008, DJ 4 e 7.7.08 – Republicada DJ 8, 9e 10.7.08.

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

Sobreleva mencionar que a nova redação gerou grande inconformismo por parte dos empregadores.

Por conta disso, a Confederação Nacional da Indústria apresentou a Reclamação Constitucional ao Supremo Tribunal Federal contra a nova redação da **Súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho**, processada sob o nº 6.266, tendo sido acolhida a tese patronal, com a conseqüente suspensão de sua aplicabilidade em sede liminar.

A celeuma girava em torno do fato de que a partir de então teria ficado vedada a utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, mas esta – a base de cálculo desse adicional – não poderia ser fixada por decisão judicial como já declinado pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação Constitucional retromencionada.

Ora, se passou a ser vedado o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade e se havia proibição de fixá-la por meio de decisão judicial, como deveriam proceder os juízes do trabalho e os desembargadores federais do trabalho quando do julgamento dos casos concretos?

Como resposta pode-se dizer que um determinado julgamento do Colendo Superior Tribunal do Trabalho parece ter estabelecido os parâmetros de compreensão do verdadeiro sentido da Súmula Vinculante nº 04 do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Referida decisão teve como Ministro Relator o eminente Ives Gandra Martins Filho, cujo teor foi o seguinte:

INSALUBRIDADE. Adicional. Base de cálculo. Salário mínimo (CLT, art. 192). Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (“unvereinbarkeitserklarung”). Súmula n. 228 do TST e súmula vinculante.

Ementa: Adicional de insalubridade. Base de cálculo – Salário mínimo (CLT, art. 192) – Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (“unvereinbarkeitserklarung”). Súmula 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 alemão como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (“Unvereinbarkeitserklarung”), ou seja, a norma, não obstante ser declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade do 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 n. 228 do TST, tem-se que a parte final da Súmula Vinculante n. 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 hipótese da Súmula 17 do TST, que prevê o piso salarial da categoria, para aquelas categorias que o possuam (já que o piso salarial é o salário mínimo da categoria). Recurso de revista provido.TST-RR-955/2006-099-15-00.1 – (Ac. 7ª T.) – 15ª Reg. – Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho. DJU 16.5.08, p. 338.

Em suma: quis dizer a Ínclita Turma do TST que quem está em mora é o Congresso Nacional que precisa aprovar lei que fixe a base de cálculo do adicional de insalubridade, diferente daquela prevista no artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho.

 5. Conclusão.

 Ante todo o exposto pode-se concluir que:

a) o artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho preconiza que a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário mínimo vigente no País;

b) a Constituição Federal de 1988 veda a vinculação do salário mínimo como base de cálculo para qualquer fim, inclusive vantagens a servidores públicos e empregados;

c) em sede de Recurso Extraordinário o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o uso do salário mínimo como base de cálculo de qualquer vantagem a servidor publicou ou empregado, o que inclui o adicional de insalubridade;

d) o Supremo Tribunal Federal resolveu aprovar a Súmula Vinculante nº 4 que veda o uso do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, bem como declinou que tal base não pode ser suprida por decisão judicial;

e) após a edição da Súmula Vinculante nº 4 por parte do Supremo Tribunal Federal o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho houve por bem conferir nova redação à Súmula 228 no sentido de que a partir de 09/05/2008 a base de cálculo do adicional de insalubridade seria o salário contratual do trabalhador;

f) a Confederação Nacional da Indústria distribuiu Reclamação Constitucional ao Supremo Tribunal Federal que liminarmente suspendeu os efeitos da nova redação da Súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho;

g) enquanto o Congresso Nacional não aprovar lei criando a base de cálculo do adicional de insalubridade, esta será o salário mínimo aplicando-se o instituto do direito alemão denominado “inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade”.