

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE  
UNIDADE ACADÊMICA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CURSO DE DIREITO**

**IVAN BITENCOURT**

**O PISO REGIONAL DE SALÁRIO COMO BASE DE CÁLCULO PARA O  
ADICIONAL DE INSALUBRIDADE: A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE  
O TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 4ª REGIÃO E O TRIBUNAL SUPERIOR  
DO TRABALHO**

**CRICIÚMA**

**2012**

**IVAN BITENCOURT**

**O PISO REGIONAL DE SALÁRIO COMO BASE DE CÁLCULO PARA O  
ADICIONAL DE INSALUBRIDADE: A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE  
O TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 4ª REGIÃO E O TRIBUNAL SUPERIOR  
DO TRABALHO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Curso de Graduação em Direito da Universidade  
do Extremo Sul Catarinense, como requisito  
parcial à obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Prof. Félix Hobold.

CRICIÚMA

2012

**IVAN BITENCOURT**

**O PISO REGIONAL DE SALÁRIO COMO BASE DE CÁLCULO PARA O  
ADICIONAL DE INSALUBRIDADE: A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE  
O TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 4ª REGIÃO E O TRIBUNAL SUPERIOR  
DO TRABALHO**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharelado em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense.

Criciúma, dezoito de junho de 2012.

---

Professor e orientador Félix Hobold, Mestre.  
Universidade do Extremo Sul Catarinense

---

Professor Evaldo Lourenço de Lima, Especialista.  
Universidade do Extremo Sul Catarinense

---

Professora Márcia Andréia Schutz Lírio Piazza, Especialista.  
Universidade do Extremo Sul Catarinense

Dedico esta conquista à minha querida e amada mãe, Doroteia Rosalia Bitencourt, por ter me proporcionado um excelente ambiente familiar e de exemplo de vida, baseada no respeito, honra e humildade, e também por ter me apoiado em todas as minhas escolhas de vida.

Aos meus irmãos, Reginaldo, Genivaldo, Mauricio e Mara, por sempre estarem presentes nos momentos bons e difíceis.

À minha amada Bruna da Rocha Cechinel, por ser essa pessoa carinhosa, companheira, amiga e pelo tratamento especial que sempre dispensou a mim.

E dedico especialmente à memória de meu pai, Valdir Bitencourt, que se aqui estivesse teria orgulho e felicidade com mais esta vitória, na vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Às pessoas que me fizeram crescer, construir e despertar a vontade de cursar Direito, especialmente aos amigos do Movimento Estudantil.

Ao professor Félix Hobold, pela orientação quanto aos rumos desta monografia.

Aos professores do Curso de Direito da Unesc, pelas valiosas contribuições acadêmicas e conhecimentos compartilhados.

Aos colegas e amigos de curso pela honra de ter partilhado e descoberto conhecimento em todos os momentos.

À namorada e revisora, Bruna da Rocha Cechinel, auxiliando nos aspectos técnicos e metodológicos desta monografia.

E a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a conclusão desta monografia.

Meus mais sinceros agradecimentos!

*"O Poder Judiciário é que detém o monopólio da interpretação e aplicação final do sistema de normas em que esse Direito consiste. É a definitiva âncora de cognição e aplicabilidade vinculativa do Direito, como uma espécie de luz no fim do túnel das nossas mais acirradas e até odiantas confrontações. É o poder que não pode jamais perder a confiança da coletividade, sob pena de esgarçar o próprio tecido da coesão nacional". (Carlos Ayres Britto – em seu discurso de posse como presidente do Supremo Tribunal Federal, 19/04/2012).*

## RESUMO

A base de cálculo do adicional de insalubridade é assunto há muito debatido na doutrina e nos tribunais pátrios, especialmente após a promulgação da Carta Magna de 1988, quando trouxe ao ordenamento jurídico a proteção ao salário mínimo, proibindo qualquer vinculação a este. Porém, passados mais de 23 anos da promulgação da Constituição, o Legislador ainda não adequou o artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho, que indica o salário mínimo regional como basilar do cálculo. A celeuma ganha corpo quando o Supremo Tribunal Federal edita a Súmula Vinculante nº 4, e em função da pouca clareza em sua redação o verbete sumular trouxe efeito diverso da pacificação pretendida, ao manter a vinculação desta base de cálculo ao mínimo nacional mesmo sendo inconstitucional e nessa mesma linha seguiu o Tribunal Superior do Trabalho. Diversamente se manifestou o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região, que, por analogia, optou por empregar como balizador do referido adicional o Piso Regional de Salário, que é o menor valor a ser pago a um trabalhador em uma determinada região. Assim, em face da discussão acentuada nos Tribunais, o presente trabalho tem como escopo estudar e elaborar apontamentos quanto a esta divergência jurisprudencial.

Palavras-chave: Base de cálculo; Adicional de insalubridade; Piso Regional de Salário; Súmula Vinculante nº 4.

## **ABSTRACT**

The basis for calculating the additional unsanitary is an issue long debated in the doctrine and patriotic courts, especially after the promulgation of the Magna Carta of 1988, when he brought the legal protection of the minimum wage, prohibiting any connection to this. However, after more than 23 years of the promulgation of the Constitution, the legislator has not conformed to article 192 of the Consolidation of Labor Laws, which indicates the regional minimum wage as a cornerstone of the calculation. The uproar takes shape when the Supreme Court publishes the Summary Binding N<sup>o</sup>. 4, and depending on the lack of clarity in your writing the entry sumular brought different effect of pacification desired, while maintaining the binding of this basis for calculating the national minimum even though unconstitutional and in the same line followed the Superior Labor Court. Unlike manifested the Regional Labor Court of the 4th region, which, by analogy, chose to use as the yardstick of that additional Regional Wage Floor, which is the smallest amount to be paid to an employee in a given region. Thus, in the face of sharp debate in the courts, the scope of this work is to study and prepare notes on this jurisprudential divergence.

Keywords: Basis of calculation; Additional unsanitary; Regional Wage Floor, Binding Precedent N<sup>o</sup>. 4.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1 HISTÓRICO E MOTIVOS DA EXISTÊNCIA DA INSALUBRIDADE</b> .....	<b>12</b>
1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS QUE ENVOLVEM A INSALUBRIDADE .....	12
1.2 CONCEITO DE INSALUBRIDADE .....	16
1.3 A DOCTRINA QUANTO À BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE .....	18
<b>1.3.1 Salário</b> .....	<b>18</b>
<b>1.3.2 O posicionamento doutrinário quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade</b> .....	<b>21</b>
<b>2 HERMENÊUTICA, ELEMENTOS PRINCIPIOLÓGICOS E DE DIREITO</b> .....	<b>25</b>
2.1 HERMENÊUTICA JURÍDICA (E) CONSTITUCIONAL .....	25
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....	27
<b>2.2.1 Princípio da unidade da constituição</b> .....	<b>28</b>
<b>2.2.2 Princípio da correção funcional</b> .....	<b>29</b>
<b>2.2.3 Princípio da máxima efetividade</b> .....	<b>30</b>
<b>2.2.4 Princípio da eficácia integradora</b> .....	<b>30</b>
2.3 PRINCÍPIO PROTETOR .....	31
<b>2.3.1 Princípio do <i>in dubio pro operario</i></b> .....	<b>32</b>
<b>2.3.2 Princípio da norma mais favorável</b> .....	<b>33</b>
<b>2.3.3 Princípio da condição mais benéfica</b> .....	<b>34</b>
2.4 CONTROLE (DIFUSO) DE CONSTITUCIONALIDADE .....	34
2.5 DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE .....	39
2.6 SÚMULA VINCULANTE .....	40
<b>3 A JURISPRUDÊNCIA QUANTO À BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE</b> .....	<b>44</b>

3.1 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SÚMULA VINCULANTE Nº 4.....	44
3.2 O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.....	50
3.3 O PISO REGIONAL DE SALÁRIO E O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO.....	53
<b>3.3.1 O piso regional de salário .....</b>	<b>53</b>
<b>3.3.2 O entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região.....</b>	<b>57</b>
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>62</b>
<b>5 REFERÊNCIAS .....</b>	<b>65</b>

## INTRODUÇÃO

O enfoque do presente trabalho monográfico é a divergência jurisprudencial quanto à utilização do piso regional de salário como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Buscar-se-ão subsídios através da doutrina, da divergência entre o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, após a edição da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, que manteve a utilização do salário mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade mesmo com a vedação imposta no artigo 7º, inciso IV, parte final, da Constituição Federal de 1988.

Num primeiro momento, será feita uma breve explanação do tema abordando a evolução histórica da degradação da saúde do trabalhador até a criação do referido adicional, seu conceito e a posição doutrinária quanto à sua base de cálculo.

Posteriormente, como premissas ao estudo, serão elencadas breves conceituações de alguns elementos relevantes do Direito para desenvolvimento do trabalho. Dentre eles estão à hermenêutica jurídica, os Princípios Constitucionais e do Direito do Trabalho, assim como o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e o instituto da Súmula Vinculante.

Por fim, será debatida a divergência jurisprudencial entre os dois tribunais, tendo em conta que o Tribunal Superior do Trabalho mantém o entendimento de utilizar o salário mínimo nacional como base de cálculo para o adicional de insalubridade e, diversamente, determinou o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, que elegeu o piso regional de salário, regulamentado pela Lei Complementar 103 de 2000, o balizador para o adicional de insalubridade, como forma de sanar esta inconstitucionalidade.

Desta divergência nasce a necessidade de se investigar, cientificamente, através deste estudo, esse importante tema do Direito do Trabalho.

O método de abordagem para a presente monografia será o dedutivo, já o método de procedimento será o bibliográfico, teórico e qualitativo.

## 1 HISTÓRICO E MOTIVOS DA EXISTÊNCIA DA INSALUBRIDADE

### 1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS QUE ENVOLVEM A INSALUBRIDADE

Inicialmente, importante registrar que as relações entre atividades laborais e as doenças ocasionadas por elas não eram relevantes há, aproximadamente, 250 anos atrás. Ainda assim, há exemplos de referências a doenças relacionadas ao trabalho, como em alguns escritos da Grécia Clássica que condenavam o longo período de trabalho em que eram submetidos os escravos e descreviam o envenenamento dos mineiros por chumbo e, ainda, o uso pelos flautistas de uma proteção de couro nos lábios. (ROCHA et al., 1997)

Não se deve esquecer que, durante um longo período de nossa história, a humanidade viveu sob o vergonhoso regime de escravidão, mormente a escravidão do trabalhador. Durante muito tempo, o trabalhador fora considerado como escravo. Conforme assevera Camino:

O trabalho escravo era de natureza produtiva, porque destinado à obtenção de bens valiosos economicamente. Ao trabalhador escravizado, não se permitia o desfrute de qualquer resultado do seu labor, todo ele destinado ao dono. Era trabalho destituído de voluntariedade, porque a escravidão reduzia o homem a mero objeto de direito, supostamente sem vontade. (CAMINO, 2004, p. 28)

A Revolução Industrial do século XVIII é o período histórico marcado pelo surgimento das fábricas, as quais passaram a concentrar grandes contingentes operários, extensas jornadas e péssimas condições de trabalho, ao que se pode chamar de escravidão moderna (GOMES et al., 2008).

E nessa nova forma de produção, de lucros maximizados, os seus subprodutos eram os acidentes, lesões e adoecimentos relacionados ao trabalho, que muitas vezes eram considerados de responsabilidade do trabalhador.

Sobre essa nova era no meio operário, esclarece Nascimento que:

A imposição de condições de trabalho pelo empregador, a exigência de excessivas jornadas de trabalho, a exploração das mulheres e menores, que constituíam mão-de-obra mais barata, os acidentes ocorridos com os trabalhadores no desempenho das suas atividades e a insegurança quanto ao futuro e aos momentos nos quais fisicamente não tivessem condições de trabalhar foram as constantes da nova era no meio proletário, às quais podem-se acrescentar também os baixos salários. (NASCIMENTO, 2009, p. 15).

O autor relata, ainda, que:

A liberdade de fixar a duração da diária do trabalho não tinha restrições. Os empregadores tomavam a iniciativa de, segundo os próprios interesses, estabelecer o número de horas de trabalho que cabia aos empregados cumprir. Não havia distinção entre adultos, menores e mulheres ou mesmo entre tipos de atividades, penosas ou não. (NASCIMENTO, 2009, p. 19).

Ao sair do modo de produção manual para o fabril, a Revolução Industrial modificou as relações de trabalho, principalmente ao compensar o trabalho por um salário.

Américo Plá Rodriguez, citado por Nascimento, revela que esta nova cultura de remuneração por tempo de laboro apresenta algumas deficiências:

a) é impreciso, porque remunera na mesma forma qualquer classe e quantidade de trabalho, tanto o trabalhador mais ativo e hábil como o incapaz, ambos recebendo a mesma coisa; b) é injusto, não só porque remunera igualmente esforços desiguais, como também porque, se o trabalhador aumenta o esforço, o empregador beneficia-se com um preço de custo diminuído, sem que o trabalhador participe dessa vantagem; c) não favorece o rendimento, porque o trabalhador não tem interesse no resultado. (NASCIMENTO, 2009, p. 1049).

Mesmo sendo o trabalhador que gera a riqueza da sociedade no processo capitalista, é o empregador quem dita as regras, por ser o dono dos instrumentos e dos meios de produção. E, o mais importante, porque compra a principal ferramenta da força produtiva – o trabalhador e sua força de trabalho.

Deve-se ainda ter em conta que, vendendo a única coisa que possui, o trabalhador era tido como escravo, não importando sua integridade física ou moral, e até mesmo sua vida, interessando aos empregadores apenas o que podiam produzir e o lucro obtido com essa exploração. Era o que alertava, em 1848, Marx e Engels em seu pequeno, mas esclarecedor, Manifesto Comunista:

Esses operários, constrangidos a vender-se diariamente, são mercadoria, artigo de comércio como qualquer outro; em consequência, estão sujeitos a todas as vicissitudes da concorrência, a todas as flutuações do mercado.

[...]

Quanto mais se desenvolvem o maquinismo e a divisão do trabalho, mais aumenta a quantidade de trabalho, quer pelo prolongamento das horas, quer pelo aumento do trabalho exigido em um tempo determinado, pela aceleração do movimento das máquinas etc. (MARX, 1999, p. 18-19).

Isso era o resultado da ambição dos detentores do modo de produção capitalista, que exploravam sem qualquer reposição ao meio ambiente e sem qualquer respeito às condições mínimas de dignidade do trabalhador, seja em seu trabalho, sua casa ou sua vida.

Amauri Mascaro Nascimento, em sua obra *“Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho”*, esclarece que este momento histórico deu início a várias Conferências de Trabalhadores, que tinham como objetivo discutir, entre outros temas relacionados ao mundo do trabalho, a segurança e saúde do trabalhador. (NASCIMENTO et al., 2009).

Extraí-se das lições de Camino que, na evolução das relações de trabalho, é o trabalhador o grande protagonista das conquistas sociais e alterações legislativas. (CAMINO et al., 2004).

Atento a isso, inicia-se o emprego de mulheres e crianças, que não eram preparadas para reivindicar e, por isso, aceitavam baixos salários, excesso de jornada, condições de trabalho desumanas e com graves acidentes de trabalho. (BARROS et al., 2011).

Contudo, as reivindicações por melhoria das condições de trabalho pressionaram o Estado a intervir e regradar as relações de trabalho, implantando dispositivos legais com a finalidade de diminuir os perigos a que estavam expostos os trabalhadores.

Nesse contexto de desigualdade econômica e social, de surgimento de uma consciência coletiva e de um sentimento de solidariedade, nasce o Direito do Trabalho como ferramenta para garantir a efetivação das regras emanadas do Estado. (BARROS et al., 2011).

Conforme leciona Amauri Mascaro Nascimento:

O direito do trabalho surgiu como consequência da questão social que foi precedida da Revolução Industrial do século XVIII e da reação humanista

que se propôs a garantir ou preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias, que, com o desenvolvimento da ciência, deram nova fisionomia ao processo de produção de bens na Europa e em outros continentes. (NASCIMENTO, 2009, p. 4).

No expressivo dizer de Sérgio Pinto Martins:

Direito do trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas. (MARTINS, 2008, p; 45).

Para efetivar uma diminuição e até neutralização dos agentes causadores de doenças laborais, uma das medidas utilizadas foi a criação do adicional de insalubridade, que tem suas bases no princípio do poluidor-pagador, que nas palavras de Raimundo Simão de Melo *“impõe-se ao poluidor o dever de prevenir danos [...] causando-lhe o ônus de utilizar todos os equipamentos e meios necessários a evitar o dano. Não o fazendo responderá objetivamente[...]*”. (MELO, 2008, p. 48).

Inicialmente, os empregadores tinham um entendimento distorcido deste adicional, uma vez que acreditavam que, com esse acréscimo na remuneração, o trabalhador poderia se alimentar melhor e, conseqüentemente, estaria mais saudável e resistente a doenças relacionadas ao trabalho.

Contudo, somente com as reiteradas ações trabalhistas, mobilizações sindicais e intervenções do Estado é que se alcançou o verdadeiro objetivo do adicional, ou seja, ocasionar elevado impacto financeiro ao empregador, para estimular a redução e, principalmente, a eliminação, no ambiente de trabalho, dos agentes nocivos à saúde do trabalhador. (OLIVEIRA et al., 2001).

No Brasil, em meados de 1930, houve um período histórico de muitas mudanças e conquistas no campo do Direito do Trabalho, inclusive a instauração do adicional de insalubridade, que é o foco do presente estudo.

## 1.2 CONCEITO DE INSALUBRIDADE

Após breve relato histórico, convém apresentar o conceito de insalubridade.

Ocorre que o legislador pátrio trata a insalubridade quanto às condições de trabalho e não diretamente ao ambiente de trabalho. Neste caso, não há, portanto, o imperativo de proibir o trabalho em ambientes insalubres, e sim controlar os riscos desta atividade.

Extrai-se o conceito de insalubridade dos ensinamentos de SAAD (2007, p. 173):

Segundo o dicionarista, insalubridade é aquilo que não é salubre, que pode originar doenças, que é doentio. Essa aceção comum do vocábulo não se distancia do que se diz no artigo sob análise. Para ele, atividades ou operações insalubres são aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, expõem o empregado 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 a seus efeitos.

Também quanto ao tema, o doutrinador Valetin Carrion (2008, p. 184) esclarece que:

Do ponto de vista conceitual são insalubres as atividades ou operações que exponham a pessoa humana a agentes nocivos à saúde (a lei anterior dizia, com menor propriedade, 'que possam produzir doenças'); termina o legislador especificando que a exposição aos agentes nocivos deverá ser 'acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos'. Trata-se de mais um valioso elemento de referência a ser considerado pelas perícias e os julgados.

Mesmo havendo risco de lesão à saúde do trabalhador, o legislador entende que existe a necessidade de algumas atividades econômicas serem mantidas, por isso cria limitadores de tolerância e obrigatoriedade de fornecimento de equipamento de proteção coletiva e individual aos trabalhadores, para redução ou neutralização dos agentes nocivos à saúde no meio ambiente do trabalho. (CARRION et al., 2008).

Orlando Gomes (2008, p. 284) entende que o adicional de insalubridade é pago *“ao empregado como **compensação** de um trabalho executado em condições que exigem maior desconforto em razão do tempo ou do lugar da prestação; um maior perigo ou más condições de **salubridade**.”* (Grifou-se)

No mesmo norte é o entendimento de Mauricio Godinho Delgado (2011, p. 711):

O que distingue os adicionais de outras parcelas salariais são tanto o fundamento como o objetivo de incidência da figura jurídica. Os adicionais correspondem a parcela salarial deferida suplementarmente ao obreiro por este encontrar-se, no plano do exercício contratual, em circunstâncias tipificadas **mais gravosas**. A parcela adicional é, assim, nitidamente **contraprestativa**: paga-se um *plus* em virtude do desconforto, desgaste ou risco vivenciados, da responsabilidade e encargos superiores recebidos, do exercício cumulativo de funções, etc. Ela é, portanto, nitidamente salarial, não tendo, em consequência, caráter indenizatório (ressarcimento de gastos, despesas; reparação de danos, etc.) (Grifou-se)

Portanto, havendo poluição ou degradação do ambiente de trabalho acima dos limites de tolerância impostas pela lei, o empregador terá que efetuar o pagamento desta compensação do trabalho em ambiente insalubre em favor do empregado.

Em recente publicação do jornal O Estado de São Paulo (2012), datada de 21.01.2012, publicou-se reportagem com o título: *“País gasta R\$ 71 bi ao ano com acidente de trabalho”*, cujo teor segue abaixo:

Uma pesquisa feita anualmente pela Marsh, corretora de seguros e que faz gerenciamento de risco, mostra que o número de dias perdidos por causa de acidentes de trabalho cresceu 23% em 2010. Entre as 62 empresas industriais e comerciais pesquisadas, esse número subiu de 31,8 mil, em 2009, para 32,9 mil, em 2010. Como consequência, a média de dias perdidos por ocorrência também se elevou, de 14,41 para 17,68. O resultado de 2010 foi o pior desde 2005.

A pesquisa traz outro indicador preocupante. O índice de severidade dos acidentes aumentou de 16,97 para 21,78. Isso significa que foram ocorrências mais graves, pois a severidade está ligada diretamente ao período de afastamento. Em 2010, cada trabalhador acidentado ficou 17 dias afastado, ante uma média de 14 dias no ano anterior.

Os acidentes tiveram também impacto maior no caixa das empresas. O custo por acidente cresceu 42%, de R\$ 4 mil para R\$ 5,7 mil. As causas das ocorrências foram as mais diversas, envolvendo desde riscos ergonômicos, acidentes de trajeto, travamento de máquinas e equipamentos, até quedas, entre outros.

Com dados divulgados em 2011 pela Previdência Social, a quantidade de auxílios-doença concedidos em 2010 foi de 1.686.759 (PREVIDÊNCIA, 2010). Já o número de acidentes de trabalho no mesmo ano foi de 701.496 (PREVIDÊNCIA, 2010), e a quantidade de benefícios urbanos acidentários foi de 326.505

(PREVIDÊNCIA, 2010), deve-se levar em conta ainda a subnotificação dos adoecimentos pelo trabalho, além do mercado informal que certamente recorre ao Sistema Único de Saúde, portanto os números são muito superiores a estes, criando um exército de incapacitados e mutilados decorrente da relação de trabalho.

Diante dos elementos estatísticos supra mencionados, torna-se evidente a necessidade de maiores investimentos em segurança, a fim de prevenir adoecimentos ocasionados pelo trabalho e não tratá-los *a posteriori*.

### 1.3 A DOCTRINA QUANTO À BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

#### 1.3.1 Salário

Para um melhor entendimento da base de cálculo do adicional de insalubridade, convém conceituar e estabelecer diferenças entre as formas de salário.

Embora a lei não suscite o conceito de salário, Nascimento buscou influência na legislação espanhola para estabelecer um conceito doutrinário de que salário “*é a totalidade das percepções econômicas dos trabalhadores, qualquer que seja a forma ou meio de pagamento, quer retribuam o trabalho efetivo, os períodos de interrupção do contrato e os descansos computáveis na jornada de trabalho*”. (NASCIMENTO, 2009, p. 1038)

De acordo com etimologia, a palavra salário origina-se do latim “*salarium*”, e este deriva da palavra sal ou *salis*, que, na Roma antiga, compreendia o pagamento que se fazia aos domésticos, também aos soldados para que estes comprassem comida. (BARROS et al., 2011)

Sergio Pinto Martins (2008, p. 204) traz vários nomes que são empregados para se referir ao pagamento feito a quem prestou o serviço. Segundo o autor:

Usa-se a palavra **vencimentos** para denominar a remuneração dos professores, magistrados e funcionários públicos; ultimamente, tem sido empregada a palavra subsídios para designar a remuneração dos magistrados (art. 95, III, da Constituição); **honorários** em relação aos profissionais liberais; **soldo**, para os militares; ordenado, quando prepondera o esforço intelectual do trabalhador em relação aos esforços físicos; **salário**, para os trabalhadores que não desenvolvem esforço intelectual, mas apenas física. **Proventos** é a palavra empregada para estabelecer o recebimento dos aposentados ou de funcionários públicos aposentados. Algumas leis salariais se utilizaram da expressão estipêndio, que é derivada do latim *stipendium* (soldo, paga). Antigamente, era o pagamento feito a pessoa incorporada ao Exército, tendo significado equivalente ao de soldo. Mais tarde, veio a se generalizar, no sentido de que seria qualquer espécie de salário ou retribuição por serviços prestados. (Grifou-se)

Outro importante instituto é a remuneração e em virtude de sua similaridade com o salário faz-se necessário breve explanação.

O vocábulo remuneração também tem origem no latim, na palavra *remuneratio*, que abrange salário mais os seus componentes. (BARROS et al., 2011)

Em vista disso, Sergio Pinto Martins (2008, p. 205) conceitua remuneração como “o conjunto de pagamentos provenientes do empregador ou de terceiro em decorrência da prestação dos serviços subordinados.”

Quanto à diferenciação entre remuneração e salário, Mauricio Godinho Delgado (2011, p. 663) aduz que:

De fato, a Consolidação teria construído para a palavra **salário** tipo legal específico. Ele seria o conjunto de parcelas contraprestativas devidas e pagas diretamente pelo empregador ao empregado, em virtude da relação de emprego (arts. 457, caput, e 76, CLT). Ou seja, para esta noção celetista de salário será essencial a origem da parcela retributiva: somente terá caráter de salário parcela contraprestativa devida e paga diretamente pelo empregador a seu empregado. Em face desse modelo legal de salário valeu-se a CLT da expressão **remuneração** para incluir, no conjunto do salário contratual, as gorjetas recebidas pelo obreiro (que são pagas, como se sabe, por terceiros). (Grifou-se)

Outro instituto muito importante no Direito do Trabalho é o *salário mínimo*, que se tem registro na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. No comando do artigo 121, § 1º, alínea “b”, do referido Diploma Legal, ficou estabelecido que a legislação do trabalho observasse, dentre outros preceitos, “salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as

*necessidades normais do trabalhador*”. (BRASIL, 2012). Foi nesse momento que a Carta Maior trouxe a intenção de que cada região do país apresentasse valores diferenciados para o salário mínimo.

Contudo, em 14 de janeiro de 1936, a Lei nº 185 regulamentou o salário mínimo no país e suscitou a ideia de remunerar a mais o trabalho realizado em condições insalubres. (BRASIL et al., 2012).

Em 1º de maio de 1940 o Decreto-lei 2.162 estipulou 14 (quatorze) distintos valores do salário mínimo, dividindo o país em regiões e sub-regiões. (BRASIL et al., 2012).

*“O salário mínimo era fixado por região, pois entendia-se que os valores das utilidades que o integravam variavam de forma diversa em cada região do país, envolvendo diversos aspectos de custo de vida, que não eram uniformes.”* (BRASIL, 2012).

Atualmente, o salário mínimo é tutelado, além do artigo 76 da Consolidação das Leis do Trabalho, também pela Constituição Federal da República do Brasil de 1988, em seu artigo 7º, inciso IV. Este dispositivo foi inserido no Capítulo dos Direitos Sociais e apresenta uma evolução frente à Constituição de 1934 quanto aos critérios do que seriam as necessidades normais do trabalhador. Diz o referido dispositivo que:

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; (BRASIL, 2012)

Deste modo, a interferência estatal visa garantir o mínimo existencial, determinando que, em todo o território brasileiro, o trabalhador tenha o direito de receber por seu trabalho valor capaz de satisfazer minimamente suas necessidades.

Por fim, recorre-se a Maurício Godinho Delgado ( 2011, p. 670-671), que elenca denominações próprias ao salário, como se lê:

Um significativo conjunto de denominações próprias refere-se à noção de patamar salarial mínimo assegurado ao trabalhador por instâncias diversas da ordem jurídica. Assim, há o **salário mínimo legal** (hoje também incorporado na Constituição), que traduz o parâmetro salarial **mais baixo**

que se pode pagar a um empregado no mercado de trabalho do país (art. 7º, IV, CF/88; 76, CLT; art. 6º, Lei n. 8.419/92 e subseqüentes leis do salário mínimo). Há o **salário profissional**, que traduz o parâmetro salarial mais baixo que se pode pagar a um empregado no contexto de **determinadas profissões**, legalmente especificadas (ilustrativamente, Lei n. 3.999/61, criando o salário profissional de médicos e cirurgiões-dentistas e Lei n. 4.950-A, instituindo o salário profissional do engenheiro). Há o **salário-normativo**, que corresponde ao parâmetro salarial mais baixo que se pode pagar a um empregado no contexto de determinada **categoria profissional** (art. 611, CLT), segundo fixado em **sentença normativa** (salário-normativo em sentido estrito) ou em **convenção ou acordo coletivo de trabalho** (salário-normativo ou salário convencional). Observa-se, por outro lado, que a dinâmica jurídica tem eleito também a expressão **piso salarial** para atender a essas situações de fixação de parâmetros salariais mínimos em certas categorias profissionais.

[...] a expressão **salário básico** (ou salário base), [...] compreende-se a contraprestação salarial fixa principal paga pelo empregador ao empregado, despojada das demais parcelas salariais que a ela frequentemente se somam (adicionais, gratificações, etc.). (Grifou-se)

Extrai-se do ensinamento supra que *salário mínimo legal* é o menor valor pago a um trabalhador, ao passo que *salário profissional* é o valor mais baixo pago a um profissional que tem sua profissão regulamentada em lei federal. Por outro lado, o *salário-normativo* é fixado em sentença normativa, convenção ou acordo coletivo de trabalho, sendo este o parâmetro salarial de determinada categoria profissional. Por fim, o *salário básico* (ou salário-base) corresponde o valor percebido pelo trabalhador sendo descontadas as demais parcelas.

### 1.3.2 O posicionamento doutrinário quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade

O adicional de insalubridade encontra-se hoje sob a égide da Constituição Federal de 1988, no dispositivo que trata dos direitos e garantias dos trabalhadores urbanos e rurais, qual seja, artigo 7º da Carta Magna, o qual preconiza que:

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; (BRASIL, 2012).

Nesta acepção, tem-se que o adicional de insalubridade é um acréscimo compulsório *“devido sempre que identificadas condições insalubres de trabalho”* (CAMINO, 2004, p. 372), e sua base de cálculo é assunto controvertido há muito tempo nos tribunais pátrios.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado, (2011, p. 712) o adicional de insalubridade é um adicional legal abrangente, por ser aplicável *“[...] a qualquer categoria de empregados, desde que situado o obreiro nas circunstâncias legalmente tipificadas.”*

Quanto aos adicionais legais, preleciona Nascimento que *“Adicional, no sentido comum, significa algo que se acrescenta. No sentido jurídico, adicional é um acréscimo salarial que tem como causa o trabalho em condições mais gravosas para quem o presta”* (NASCIMENTO, 2009, p. 1103).

A atual redação do artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho é de 1977, e dispõe que a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário mínimo da região.<sup>1</sup>

À época, não existia o salário mínimo nacionalmente unificado, o qual foi instituído pelo Decreto nº 89.589, de 26 de Abril de 1984.<sup>2</sup>

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, deu-se *status* constitucional a essa mudança ao determinar em seu artigo 7º, inciso IV, que *“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 [...]”* (BRASIL, 2012).

Foi ainda promulgada a Lei nº. 7.789/89, que dispõe sobre o salário mínimo, ordenando em seu artigo 5º que *“a partir da publicação desta lei, deixa de existir o salário mínimo de referência e o piso nacional de salário, vigorando apenas o salário mínimo”*. (BRASIL, 2012).

---

<sup>1</sup> Art . 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo. (BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del5452.htm>> Acesso em 20.02.2012.)

<sup>2</sup> Art. 1º. O salário-mínimo fixado pelo Decreto número 88.930, de 31 de outubro de 1983, fica estipulado em CR\$97.176,00 (noventa e sete mil, cento e setenta e seis cruzeiros), em todo o território nacional. (BRASIL. **Decreto nº 89.589, de 26 de Abril de 1984**. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-89589-26-abril-1984-440055-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 20.02.2012)

E, por constar no artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho “*salário-mínimo da região*”, é que reside todo o impasse sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade, visto que há uma vedação constitucional acerca da utilização do salário mínimo para qualquer fim, imposta no artigo 7º, inciso IV, parte final, da Constituição Federal de 1988.

Nas palavras de Sérgio Pinto Martins, (2008, p. 264) o adicional de insalubridade não deve incidir sobre o salário mínimo. Preleciona o autor:

Declara o inciso IV do art. 7º do Estatuto Supremo que é vedada a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Objetiva o constituinte que o salário mínimo não seja um indexador para reajustes de preços, de aluguéis etc. A vinculação do salário mínimo é apenas para alimentação, moradia, saúde, vestuário, educação, lazer, higiene, transporte e previdência social. Não pode, portanto, haver a vinculação do salário mínimo para qualquer outro fim, dos previstos na própria Lei Ápice.

Da mesma obra, extrai-se que:

A Constituição não reza que o adicional incide sobre a remuneração, mas menciona adicional de remuneração. Há que se entender que o sentido da palavra remuneração a que se refere a Lei Fundamental é o do verbo remunerar e não propriamente a remuneração de que trata o art. 457 da CLT. (MARTINS, 2008, p. 210).

Diversamente se posiciona a doutrina de Eduardo Saad, (2007, p. 254) que entende não haver conflito com o disposto no inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal, conforme se vê a seguir:

Em nosso entendimento, o dispositivo sob análise não conflita com o inciso IV do art. 7º da Constituição Federal. Neste, é vedada a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, isto é, não mais admitido que ele se constitua em unidade monetária ou sirva de base à correção de valor ajustado contratualmente. No art. 192 da CLT o salário mínimo é apenas a base de cálculo do adicional de insalubridade.

No mesmo norte, Amauri Mascaro Nascimento (1997, p. 248-249) declara que “*A Constituição não altera essa regra. Não declara que o adicional incidirá sobre a remuneração. Refere-se a adicional de remuneração e não a adicional sobre remuneração.*”

Sebastião Geraldo de Oliveira, (2001, p. 348) ao ensinar sobre a remuneração do trabalhador, esclarece que:

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

Para Arnaldo Süssekind, (2003, p. 928) a base de cálculo para o adicional da insalubridade deve incidir sobre o salário profissional ou piso salarial, como se vê a seguir:

Sempre entendemos que, tendo o empregado direito a salário profissional ou piso salarial, decorrente de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, o percentual correspondente ao seu adicional deve incidir sobre ele e não sobre o salário mínimo.

Para Raimundo Simão de Melo (2008, p. 153) a insalubridade deve incidir sobre o salário-base e justifica sua posição:

Por analogia com o art. 193 da CLT, adotamos o salário-base como fator de incidência do referido adicional [...] É evidente que 10%, 20% ou 40% sobre o salário mínimo não são suficientes para reparar os males causados ao trabalhador em razão do trabalho em ambientes insalubres, pelo que é mais do que razoável a fixação desses adicionais sobre o salário percebido pelo obreiro, cuja finalidade não é só de indenizá-lo pelo trabalho em condições prejudiciais à sua saúde, mas também, punir o empregador que não adota medidas destinadas à neutralização dos agentes nocivos à saúde do trabalhador.

Portanto, pode-se observar que não existe um consenso de qual seria a base de cálculo do adicional de insalubridade, até mesmo a doutrina trabalhista diverge sobre qual seria este balizador.

## 2 HERMENÊUTICA, ELEMENTOS PRINCIPOLÓGICOS E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Apresentar-se-á, neste segundo capítulo, breves conceitos e aspectos da hermenêutica jurídica e de elementos do direito, como princípios gerais do direito e princípios do direito do trabalho, além do controle difuso de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, com vistas a nortear o entendimento do objeto do presente estudo.

### 2.1 HERMENÊUTICA JURÍDICA (E) CONSTITUCIONAL

A polêmica quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade reside em especial à dificuldade na interpretação de seu texto, tanto o infraconstitucional quanto ao texto constitucional, parece então relevante trazer os elementos do direito que contribuem para tentar solucionar este impasse.

A palavra hermenêutica está voltada para a interpretação do sentido das palavras. (PRIBERAM, 2010). No campo jurídico é uma técnica que fornece ao operador do direito, ferramentas para uma interpretação coesa das leis, códigos, etc.

No expressivo dizer de Fernando Coelho (1981, p. 178):

Podemos situar epistemologicamente a hermenêutica como parte da ciência do direito, cujo objeto é o estudo e a sistematização dos processos lógicos de interpretação, integração e aplicação do direito, correspondendo particularmente à dimensão dogmática do conhecimento jurídico.

Portanto o sentido da hermenêutica não está somente na interpretação da lei, mas também em sua integração e aplicação ao direito no caso concreto, tendo como objetivo encontrar esculpido na letra da lei a expressão do direito ali contido.

Como instrumento, a hermenêutica apresenta métodos ou técnicas para sua aplicação que podem ser condensadas segundo os ensinamentos de Pedro Lenza, (2011, p. 186) nos seguintes elementos:

- \* elemento genético: busca investigar as origens dos conceitos utilizados pelo legislador;
- \* elemento gramatical ou filológico: também chamado de literal ou semântico, a análise se realiza de modo textual e literal;
- \* elemento lógico: procura a harmonia lógica das normas constitucionais;
- \* elemento sistemático: busca a análise do todo;
- \* elemento histórico: analisa o projeto de lei, a sua justificativa, exposição de motivos, pareceres, discussões, as condições culturais e psicológicas que resultaram na elaboração da norma;
- \* elemento teleológico ou sociológico: busca a finalidade da norma;
- \* elemento popular: a análise se implementa partindo da participação da massa, dos “corpos intermediários”, dos partidos políticos, sindicatos, valendo-se de instrumentos como o plebiscito, referendo, recall, veto popular etc.;
- \* elemento doutrinário: parte da interpretação feita pela doutrina;
- \* elemento evolutivo: segue a linha da mutação constitucional.

Segundo esse método, o papel do intérprete resume-se a descobrir o verdadeiro significado da norma, o seu sentido e, assim, atribui-se grande importância ao texto da norma.

O objeto do estudo está figurado na Constituição Federal, portanto relevante a utilização da hermenêutica jurídica voltada à interpretação constitucional, e sua importância é anotada por Canotilho, (2003, pp. 212-213) o qual sustenta que:

a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares.

A busca do intérprete do texto constitucional está em alcançar a intenção do legislador ao editar as normas constitucionais, utilizando, para tanto, a hermenêutica, os princípios e as regras.

Com efeito, conforme leciona Celso Ribeiro Bastos, o intérprete constitucional não pode ter o mesmo grau de abstração do legislador porque necessita aplicar o direito ao caso concreto:

É imprescindível deixar claro que o trabalho do intérprete não é gratuito, quer dizer sem causa. Pelo contrário esta atividade deve ser entendida como a necessidade de se aplicar a norma ao caso concreto. Entende-se como uma tarefa de concretização, na medida em que ela visa explicitar o sentido da norma, ou melhor dizendo, apurar o conteúdo da norma.

**Ademais não há aplicação de uma Constituição sem interpretação. A sua aplicação não pode permanecer no mesmo vácuo de abstração que se coloca a norma a ser interpretada. É necessário que ela incida no caso concreto.** (BASTOS, 2002, pp. 38-40) (Grifou-se)

De idêntico teor é o entendimento de Alexandre de Moraes (2011, p. 44) de que o intérprete deve *“buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua, adequando-as à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas”*.

Atuando desta forma, o intérprete participa ativamente do processo de criação do direito, isto porque ao fugir do alto grau de abstratividade do legislador positivo cria novos conceitos que amplificam a interpretação constitucional, alcançando novos resultados. (BARROSO et al., 2003).

A hermenêutica é esta ferramenta poderosa que dá vida a letra muitas vezes “morta” das leis, e labora conjuntamente com os princípios constitucionais, os quais subsidiam os operadores do direito a dar maior luminosidade à lei no caso concreto.

Nos próximos tópicos serão apresentados os mais relevantes princípios constitucionais aplicáveis ao presente objeto de estudo.

## 2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A palavra princípio deriva do termo latino *“principium”* e significa começo, início, origem, base, fundamento. (PRIBERAM, 2010).

No sentido jurídico *“[...] exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas.”* (SILVA, 2010, p. 606).

Amauri Mascaro Nascimento, (2009. p. 321) citando Miguel Reale, define princípios como:

[...] verdades fundamentais de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, ou seja, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Neste diapasão, deve-se aplicar a interpretação dos princípios e regras com base na *ponderação*, na *concordância prática*, na *proibição de excesso*, no postulado da *igualdade*, da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* (LENZA, 2011, 138).

Buscando diferenciar regras de princípios, Canotilho (2003, p. 1255) esclarece que regras “*são normas [...] que exigem, proíbem ou permitem algo [...]*” enquanto que os princípios “*não proíbem, permitem ou exigem algo [...] impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico [...]*”

Quanto à função interpretativa do princípio, extrai-se da lição de Sérgio Pinto Martins (2008, p. 75):

A CLT, no art. 8º, determina claramente que na falta de disposições legais ou contratuais o intérprete pode socorrer-se dos princípios de Direito do Trabalho, mostrando que esses princípios são fontes supletivas da referida matéria. Evidencia-se, portanto, o caráter informador dos princípios, de orientar o legislador na fundamentação das normas jurídicas, assim como o de fonte normativa, de suprir as lacunas e omissões da lei.

Por se tratar, tanto o adicional de insalubridade quanto a vedação de vinculação do salário mínimo, de norma constitucional, é de forte relevância o estudo de alguns princípios de interpretação constitucionais, dentre os quais merecem destaque o princípio da unidade da constituição, princípio da correção funcional, princípio da máxima efetividade, e princípio da eficácia integradora.

### **2.2.1 Princípio da unidade da constituição**

Conforme este princípio, a Constituição deve ser vista como um todo e a análise das normas constitucionais não deve ser feita isoladamente, e sim de forma integrada, evitando conflito no texto constitucional.

No ensinamento de Gilmar Mendes (2011, p. 114), a Constituição

[...] só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por um lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra,

até porque – relembre-se o círculo *hermenêutico* – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes. (Grifo no original)

A par disso, colaciona-se do ensinamento de Canotilho (2003, pp. 1223-1224):

O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão' o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex.: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio democrático e princípio socialista, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local etc.). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.

Portanto, ao fazer leitura do disposto quanto ao adicional de insalubridade, o intérprete deve levar em conta a unidade da constituição, em especial os dispositivos de garantias do trabalhador, como redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança e adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas.

### **2.2.2 Princípio da correção funcional**

Este princípio é de relevante aplicação no controle de constitucionalidade das leis. Derivado do princípio da unidade da constituição tem como objetivo orientar o intérprete para que este tenha uma decisão coerente, garantindo a harmonia da Constituição em relação as competências estabelecidas, de modo que o resultado não desordene, resguardando fidelidade à Carta. (MENDES et al., 2008).

Assina-la Canotilho et al. (2003) que o princípio da conformidade funcional busca impedir a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecidas, o órgão que dará a interpretação da lei constitucional não deve

estabelecer resultado que comprometa o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido.

Ao decidir quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade, o interprete não deve afetar o princípio formal da separação dos poderes.

### **2.2.3 Princípio da máxima efetividade**

Segundo Alexandre de Moraes, *"a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda"* (MORAES, 2011, p. 16).

O princípio da máxima efetividade, também denominado princípio da eficiência, orienta o aplicador do Direito a dar maior eficácia a uma norma constitucional. Quando a norma constitucional estabelecer um direito, o sistema deve garantir sua supremacia sobre as normas infraconstitucionais. Atualmente, é invocado principalmente no âmbito dos direitos fundamentais, reconhecendo maior eficácia a estes. (CANOTILHO et al., 2003).

Então, da interpretação da base de cálculo do referido adicional por estar esculpida em norma constitucional, a própria Carta Magna exige uma maior efetividade da norma constitucional, garantindo sua intensa aplicabilidade no caso concreto.

### **2.2.4 Princípio da eficácia integradora**

Este princípio orienta o intérprete da norma constitucional a encontrar soluções quando se defrontar com problemas jurídico-constitucionais, de forma a ponderar e dar preferência a critérios mais favoráveis à *"integração política, social ou que reforce a unidade política"*, a fim de conduzir a soluções *"pluralisticamente integradoras."* (CANOTILHO, 2003, p. 1224).

Conforme Canotilho, (2003, p. 1224) o princípio da eficácia integradora, sendo tópico argumentativo, não assenta numa concepção integracionista de Estado e da sociedade. “*Antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções integradoras.*”

Este princípio corrobora a construção de soluções, como no caso da divergência quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade, que deve ser interpretada como uma forma de favorecer a integração social e a unidade política da constituição, mantendo uma coesão sócio-política desta para com a sociedade.

## 2.3 PRINCÍPIO PROTETOR

Dentre os princípios que norteiam o Direito do Trabalho, o princípio protetor é considerado o maior deles, a melhor maneira de aclarar o seu significado é com a doutrina do ilustre jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez (2002, p. 83), *in verbis*:

O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.

O principal motivo de se proteger o trabalhador é a sua condição de vulnerabilidade em face ao seu empregador, tendo em conta que este detém preeminência *para “impor unilateralmente as cláusulas do contrato, que o primeiro não tem a possibilidade de discutir, cabendo-lhe aceitá-las ou recusá-las em bloco”*. (SILVA, 1999, p. 22)

A respeito do princípio da proteção, o jurista Luiz de Pinho Pedreira da Silva (1999, p. 29) assinala que:

Podemos definir o princípio da proteção como aquele em virtude do qual o Direito do Trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entre sujeitos da relação jurídica de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores.

Quanto à nomenclatura mais adequada para designar este princípio de amparo ao trabalhador, Américo Plá Rodriguez (2002, p. 84) e Luiz de Pinho Pedreira da Silva (1999, p. 30) entendem que “o *princípio de princípio de proteção*, que é a denominação mais generalizada, conquanto seja também correta a de *princípio protetor*”, conquanto “*traduz de modo fiel e eloquente a ideia principal que este princípio encerra*”.

A par disso, colaciona-se do ensinamento cristalino de Luiz Pinho Pedreira da Silva (1999, p. 42):

A singularidade do princípio interpretativo do Direito do Trabalho está em que ele constitui a inversão do seu congênere do direito comum, pois enquanto neste o favor, em caso de dúvida, é pelo devedor e pelo réu, do Direito especial a que estamos nos referindo se faz, na mesma situação, em benefício do empregado, que normalmente é credor e autor. Mas em todos esses ramos jurídicos, a causa determinante da regra de interpretação é a mesma: o favor pela parte mais fraca da relação jurídica.

Com efeito, ao interpretar norma referente ao adicional de insalubridade, deve o operador do direito entender a condição do trabalhador em face do empregador e utilizar o referido adicional como ferramenta de proteção àquele e não como pura e simples indenização ao prejuízo de sua saúde. Ao contrário, deve entender como uma norma inibitória dos efeitos de degradação a saúde do trabalhador.

O princípio da proteção se desdobra em três subprincípios ou regras, quais sejam, *in dubio pro operario*, norma mais favorável e condição mais benéfica, que serão estudados a seguir.

### **2.3.1 Princípio do *in dubio pro operario***

A regra ou princípio do *in dubio pro operario*, modernamente conhecido como *in dubio pro misero*, é uma das derivações do princípio protetor, e sugere que, das diversas interpretações de uma única norma, ao suscitar dúvida, deve-se dar preferência à interpretação mais favorável ao trabalhador. (SILVA et al., 1999). Neste norte, entende Américo Plá Rodriguez (2002, p. 107) que “[...] é o critério

*segundo o qual, no caso de que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador”.*

Na lição de Amauri Mascaro Nascimento (2009, p. 389), *in dubio pro operario*:

[...] é o princípio de interpretação do direito do trabalho, significando que, diante de um texto jurídico que possa oferecer dúvidas a respeito do seu verdadeiro sentido e alcance, o intérprete deverá pender, dentre as hipóteses interpretativas cabíveis, para a mais benéfica para o trabalhador.

### **2.3.2 Princípio da norma mais favorável**

A segunda vertente do Princípio Protetor é a regra da norma mais favorável, sendo específica do Direito do Trabalho.

Com efeito, conforme leciona Amauri Mascaro Nascimento (2009, p. 387):

Em alguns sistemas jurídicos o princípio da norma mais favorável está expresso na lei e em outros, com o reconhecimento das convenções coletivas, está implícito. As convenções coletivas ficam normas conferindo melhores condições de trabalho do que as que estão declaradas pela lei.

No campo do Direito do Trabalho, além das normas oriundas do poder público, seja o legislativo ou Ministério do Trabalho e Emprego, têm-se também as emanadas diretamente das relações sindicais, quais sejam, as convenções coletivas de trabalho, acordo coletivo de trabalho e sentença normativa, sendo todos instrumentos válidos para aplicação no campo das relações de trabalho.

Assim preleciona Luiz de Pinho Pedreira da Silva (1999, p. 71):

[...] embora o princípio da norma mais favorável torne ineficaz a regra de nível superior em relação a uma determinada situação jurídica a que seja aplicável norma de categoria inferior mais benéfica ao trabalhador, nem por isso há, no Direito do Trabalho, subversão da clássica hierarquia das fontes do Direito, quer porque é a norma hierarquicamente mais alta que, não proibindo a aplicação daquele princípio, possibilita-a, quer porque a subsunção do caso concreto à norma inferior mais favorável não derroga a norma superior menos favorável, que continua a reger as hipóteses para as quais seja pertinente a primeira.

Essa é a norma mais ampla em termos de proteção ao trabalhador. Isso porque, diferentemente das outras disciplinas jurídicas, permite a aplicação de norma hierarquicamente inferior, desde que mais benéfica ao trabalhador.

### 2.3.3 Princípio da condição mais benéfica

Como último desdobramento do Princípio Protetor, tem-se a regra da condição mais benéfica. A propósito, Américo Plá Rodriguez (2002, p. 131), em comentário ao tema em apreço, enumera *que “a regra da condição mais benéfica pressupõe a existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, e determina que ela deva ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que a nova norma aplicável”*.

São situações de cunho pessoais mais vantajosas ao empregado, que foram adquiridas de forma tácita ou expressa e, portanto, não podem ser retiradas sob pena de violação do artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. (BARROS et al., 2011).

Por tal razão, conclui-se que este princípio procura assegurar, durante o contrato de trabalho, que, ao ser modificada a norma, continuará prevalecendo a condição anterior, se mais benéfica, *“correspondendo, no direito do trabalho, ao princípio do direito adquirido do art. 5º XXXVI, da Constituição Federal do Brasil”* (NASCIMENTO, 2009, p. 388).

## 2.4 CONTROLE (DIFUSO) DE CONSTITUCIONALIDADE

No Brasil, o adicional de insalubridade tem *status* constitucional, além de ser matéria tratada pela legislação ordinária federal. Por este motivo, a controvérsia quanto à sua base de cálculo requer a atuação estatal para detectar possíveis

incompatibilidades constitucionais. Isto será feito pelo Estado através da via do controle de constitucionalidade, e por esse motivo, subsiste a necessidade de se realizar um estudo de tal instituto do direito constitucional.

No dizer de Alexandre Moraes (2011, p. 729), “A ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.”

Controlar a constitucionalidade significa adequar uma lei ou um ato normativo à Constituição. (MORAES et al., 2011).

O presente estudo limita-se aos aspectos do controle difuso de constitucionalidade, vez que a discussão judicial quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade se deu por este instituto, e conforme leciona Pedro Lenza (2011, pp. 248-249):

O **controle difuso**, repressivo, ou posterior, é também chamado de controle pela via de **exceção** ou **defesa**, ou controle **aberto**, sendo realizado por **qualquer juízo** ou **tribunal do poder judiciário**. Quando dizemos qualquer juízo ou tribunal, devem ser observadas, é claro, as regras de competência processual, a serem estudadas no processo civil. O controle difuso verifica-se em um caso concreto e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame do mérito. Pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual. (Grifo no original)

De acordo com Gilmar Mendes et al. (2008), o controle difuso de constitucionalidade surge no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Republicana de 1891, todavia, Pedro Lenza (2011, p. 227) observa que:

[...] antes mesmo da promulgação da Constituição de 1891, o art. 58, § 1º, “a” e “b”, da Constituição provisória de 1890 (Dec. n. 510, de 22.06. 1890) e o Decreto n. 848, de 11.10.1890, já estabeleciam regras de controle difuso inspiradas no *judicial review* do direito norte-americano. Posteriormente, a lei federal n. 221, de 20.11.1894, abordou, com clareza, o modelo, nos termos do art. 13, § 10: ‘os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e com a Constituição’. (Grifo no original)

Após quase cem anos e quatro Constituições, é na Carta Magna de 1988 que o controle de constitucionalidade de leis é expandido e melhorado com quatro grandes novidades: *ampliou a legitimação para a propositura da representação de*

*inconstitucionalidade*<sup>3</sup>, *controle de constitucionalidade das omissões legislativas*<sup>4</sup>, *os Estados poderão instituir a representação de inconstitucionalidade*<sup>5</sup>, e *facultou-se a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), no parágrafo único do art. 102.*<sup>6</sup>

Conforme Pedro Lenza (2011, p. 229):

O Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também agora timidamente a ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a e III, e 103).

Por ser a propositura da representação de inconstitucionalidade uma via democrática de acesso, o que se dá através do controle difuso, traz como consequência um aumento na demanda de julgamentos da Suprema Corte. Um dos “problemas” decorrentes dessa novidade é que a declaração de inconstitucionalidade resulta, em regra, na produção de efeitos *inter partes* e pretéritos (*ex tunc*). (MORAES, 2011, p. 746).

Conforme a breve explanação de Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 1065), conclui-se que:

O controle de constitucionalidade difuso, concreto ou incidental caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à

---

<sup>3</sup> [...] acabando com o monopólio do Procurador-Geral da República. Em conformidade com o artigo 103 da CF de 88, o art. 2º, da Lei 9.868/99, legalizando o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, estabelece que a ação direta de inconstitucionalidade poderá ser proposta pelos seguintes legitimados (LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 229)

<sup>4</sup> [...] seja de forma concentrada (ADI por Omissão, art.103 § 2º), seja de forma incidental, pelo controle difuso (mandado de injunção, art.5º, LXXI) (LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 229)

<sup>5</sup> [...] os Estados poderão instituir a representação de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos estaduais ou municipais em face da constituição estadual, vedando, contudo, a atribuição de legitimação para agir a um único órgão. Por fim, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, facultou-se a possibilidade de criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), no parágrafo único do art 102. (LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 229)

<sup>6</sup> § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 20.02.2012. Artigo 102, § 1.º)

constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário.

Neste contexto, tem-se que a inconstitucionalidade valerá para as partes da relação jurídica processual. Contudo, é possível que essa decisão tenha efeitos para todos (*erga omnes*), o que acaba por desafogar o Poder Judiciário, especificamente o Supremo Tribunal Federal, uma vez que o abstém de apreciar questões que atingem interesses puramente privados, limitando as demandas submetidas a julgamento.

Sobre o tema, impende esclarecer, ainda, que *“Declarada inconstitucional a lei pelo STF, no controle difuso [...] o art. 178 do Regimento Interno do STF estabelece que será feita a comunicação [...] ao Senado Federal, para efeitos do art. 52, X, da CF/88”*.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 52, inc. X, disciplina que:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Quanto ao tema, o insigne Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 1080) esclarece que a suspensão da execução pelo Senado Federal *“do ato declarado inconstitucional pela Excelsa Corte foi a forma definida pelo constituinte para emprestar eficácia erga omnes às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade nos recursos extraordinários”*

Vale ressaltar que o efeito desta prerrogativa do Senado Federal, quando entender por “suspender a execução”, não retroagirá (*ex nunc*) e terá efeito para todos (*erga omnes*). (MORAES, 2011, p. 747)

Porém, o Supremo Tribunal Federal tem se inclinado a modular este efeito, utilizando a técnica de mutação constitucional, que atribui novo sentido ao conteúdo da norma constitucional, por via de interpretação, por construção ou usos e costumes constitucionais. (LENZA et al., 2011, p. 136)

Como importante exemplo de mutação constitucional, observa-se, na declaração de inconstitucionalidade pela via de controle difuso, que o Supremo Tribunal Federal tem assumido a condição anteriormente atribuída ao Senado Federal, entendimento assim explicado pela doutrina de Mancuso:

[...] embora caiba ao Senado suprimir a norma julgada inconstitucional pelo STF no controle difuso/incidental (CF, art. 52, X), vem ganhando corpo entendimento de que, por não se registrar uma *diferença substancial* entre esse tipo de controle e o que resulta do regime concentrado/direto, pode o STF imprimir *eficácia expansiva extra-autos* à decisão no bojo do recurso extraordinário que reconhece a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tese chamada *objetivação do recurso extraordinário*. (MANCUSO, 2010, pp. 115-116 (Grifo no original))

A respeito do tema, Gilmar Ferreira Mendes afirma que a nova compreensão da regra do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, foi de fato uma mutação constitucional, uma reforma da Constituição sem expressa modificação do texto. (LENZA et al., 2011, p. 257).

A nova perspectiva da Suprema Corte acerca do controle difuso foi objeto de diversos (estudos/debates), pelo que torna-se importante trazer à baila as observações feitas por Lenio Luiz Streck (2007):

Veja-se, nesse sentido, que o Ministro Eros Grau sustenta – e, com isso, concorda com o Ministro Gilmar – que cabe ao STF não apenas mudar a norma, "mas mudar o próprio texto constitucional" (**o texto do inciso X do art. 52 foi, efetivamente, alterado**). Veja-se: o Ministro Eros Grau se pergunta se o Ministro Gilmar Mendes, ao proceder a "**mutação constitucional**" não teria "excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação para além do que ao intérprete incumbe. Até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?" E ele mesmo responde: "não houve qualquer anomalia de cunho interpretativo, pois o Ministro Gilmar teria apenas feito uma "autêntica mutação constitucional": "Note-se bem que S. Exa. não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a **substituição de um texto normativo por outro**. Por isso aqui mencionamos a mutação da Constituição." (Grifou-se)

A Emenda Constitucional nº 45 previu o efeito *erga omnes* apenas para o controle concentrado e para a Súmula Vinculante. Diante disso, a doutrina de Pedro Lenza (2011, 259) entende ser temerário utilizar tal efeito no controle difuso. Isso porque, conforme alerta o lecionista, na medida em que a apreciação da constitucionalidade da lei no controle difuso não produz efeito vinculante, sugere que, somente mediante necessária reforma constitucional, é que seria possível assegurar a constitucionalidade dessa nova tendência.

## 2.5 DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE

No julgamento acerca da base de cálculo de adicional de insalubridade, que deu origem à Súmula Vinculante nº 4, fez-se referência à técnica chamada declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, razão pela qual se faz necessária uma breve reflexão sobre o tema.

Declarar constitucional a utilização de norma inconstitucional deriva de teoria estrangeira ao ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente pertence ao modelo alemão, e é chamada de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

A Corte Constitucional alemã faz uso desse método de interpretação quando a declaração de nulidade da lei ou ato normativo ocasionar um vácuo jurídico extremamente gravoso para a ordem constitucional.

[...]

A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade apresenta-se como uma técnica de interpretação que tem por finalidade a **manutenção da norma impugnada no ordenamento jurídico até a elaboração de uma outra lei capaz de substituí-la**, quando de sua nulidade advier um **prejuízo maior** para o ordenamento jurídico e para a sociedade do que a sua conservação no sistema normativo. Convém registrar que muitos doutrinadores a consideram, não como um método de interpretação, mas sim como uma verdadeira técnica de decisão a ser utilizada pelo Tribunal Constitucional quando do controle abstrato dos atos normativos. (MEYER-PFLUG, 2005) (Grifou-se)

Conforme destaca o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (1999, p. 2010), na obra *Jurisdição Constitucional*:

Ao lado da declaração de nulidade, prevista no § 78 da Lei do Bundesverfassungsgericht, desenvolveu o Tribunal outra variante de decisão, a declaração de incompatibilidade ou declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.

E prossegue o ministro explicando que o Tribunal, ao analisar uma omissão legislativa que não atendeu exigências constitucionais, ou atendeu de maneira incompleta ou imperfeita (é o caso da base de cálculo do adicional e insalubridade), não a declara nula sob a alegação de que a ofensa constitucional decorre de sua incompletude, embora haja um ato normativo autorizando que a norma seja declarada nula. (MENDES, 1999, pp. 217-218).

Portanto, é sabido que, apesar de existir norma que, em razão de sua incompatibilidade, deveria ser declarada nula, esta não é abolida do ordenamento jurídico, ainda que declarada sua inconstitucionalidade, uma vez que, além de não atingir o que se pretenderia com sua invalidação, acabaria por agravar o estado atual.

## 2.6 SÚMULA VINCULANTE

Dando continuidade ao estudo, é conveniente tecer breves considerações acerca do instituto da Súmula Vinculante, devido à utilização desta ferramenta quando da discussão da base de cálculo do adicional de insalubridade no Supremo Tribunal Federal.

O significado da palavra súmula é *“Brevíssimo resumo feito com clareza e precisão.”* (PRIBERAM, 2010) e sua origem emana do latim *“summula”*.

De Plácido e Silva (2010, p 703) define súmula como uma maneira abreviada de esclarecer o teor ou o conteúdo integral de algo, como a súmula ou resumo de uma sentença ou acórdão.

Discorrendo sobre a vinculação das decisões judiciais, Osmar Mendes Paixão Côrtes (2009, p. 191) anuncia:

De início, merece ser referido que o caminho natural já parecia ser o da vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal, quer pelo imenso volume de recursos repetidos que chegam ao Tribunal, versando matéria já decidida anteriormente, quer pela necessidade de um instrumento que possibilitasse a (maior) realização da segurança jurídica (evitando decisões discrepantes da linha predominante no STF).

A Súmula Vinculante foi criada através da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de Dezembro de 2004, a qual também instituiu o artigo 103-A na Constituição Federal. O referido dispositivo constitucional, em seu caput<sup>7</sup>, passou a prever efeito

---

<sup>7</sup> 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,

vinculante das Súmulas do Supremo Tribunal Federal, o que posteriormente foi regulamentado pela Lei 11.417 de 19 de Dezembro de 2006, contudo, no direito brasileiro já houve experimentações de vinculação de decisões judiciais.<sup>8</sup>

*“O mecanismo da súmula vinculante, pela emenda constitucional nº 45/04, corresponde à tentativa de adaptação do modelo da Common Law (Stare Decisis) para o nosso sistema romano germânico (Civil Law).”* (MORAES, 2011, p. 816)

Conforme Rodolfo de Camargo Mancuso (2010, p. 368), os motivos para a implantação do efeito vinculante de uma Súmula são os de garantir que uma mesma regra não fosse interpretada de formas diversas para fatos iguais, além de diminuir o volume de ações judiciais com o mesmo tema, melhorando o tempo de resposta para quem procura a justiça.

Igualmente, preleciona Alexandre de Moraes (2011, p. 816):

As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da isonomia, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.

A Emenda Constitucional nº 45 não previu qualquer mecanismo disciplinar ao juiz que não adotar os termos das Súmulas Vinculantes em suas decisões. (MORAES, 2011, p. 823).

Com o objetivo de não tornar ineficaz os efeitos da Súmula Vinculante, a Lei 11.417/2006 estabeleceu que:

Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinado que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso." (§2º). A única hipótese de responsabilização por descumprimento de

---

estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

<sup>8</sup> O Direito Brasileiro já experimentou a vinculação das decisões judiciais, enquanto vigentes as Ordenações Portuguesas e sob a égide da Carta anterior (Emenda Constitucional nº7, de 1977, e Emenda ao Regimento do STF 7, de 1978), com a representação interpretativa. Mas a prática vinculativa não foi intensa, considerando que quando a legislação portuguesa deixou de ser adotada não se manteve os assentos obrigatórios lusos e a representação interpretativa, pela qual o Supremo Tribunal Federal poderia interpretar, em tese, leis ou atos normativos federais e estaduais, além de ser de exclusiva utilização pelo Procurador Geral da República, vigorou apenas até a atual Constituição. (CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. Op. cit., p. 189)

súmula vinculante está no Art. 64-B da Lei federal 9784/99, com a redação que lhe deu a Lei 11.417/2006: "Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado de súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal". Quanto aos magistrados, avança o autor, "A lei não fixou nenhuma sanção aplicável aos magistrados, garantindo-se, como anotou o Ministro MARCO AURÉLIO, "a liberdade do magistrado de apreciar os elementos para definir se a conclusão do processo deve ser harmônica ou não com o verbete". (LENZA, 2011, p. 213)

Dentre os críticos das Súmulas Vinculantes está Lênio Luís Streck (1998, p. 266) o qual afirma que a Súmula Vinculante pode comprometer o princípio da separação dos poderes ou da correção funcional, quando declara:

Conseqüentemente, com o poder constitucional de vincular o efeito das Súmulas e até mesmo das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário, por suas cúpulas, *passará legislar*, o que, à evidencia, quebrará a harmonia e a independência que deve haver entre os Poderes da República. (Grifo no original)

Assevera, ainda, o autor que "*Não tenho medo de afirmar que trocar a democracia e a independência dos juízes pelo desafogo dos processos [...] me parece um preço exageradamente alto a ser pago por todos nós*". (1998, p. 275).

No mesmo norte, Mancuso (2010, pp. 212-213) afirma que este é um falso problema, e assegura:

1) que ficaria abalada a separação entre os Poderes (quando se sabe que essa teoria, em seu rigor originário,<sup>9</sup> não é mais de atualidade no Estado moderno); 2) que ficaria afrontada a livre convicção do julgador (quando se sabe que não só a lei, mas também a Súmula, carece de interpretação, seja para se alcançar o seu verdadeiro significado, seja para saber se, realmente, o caso concreto a ela se subsume).

Por fim, vale reproduzir a crítica feita por Lênio Luís Streck (2011) à Súmula Vinculante:

---

<sup>9</sup> Oswaldo Luiz Palu citando Canotilho, esclarece que a teoria da separação de poderes é um mito ao "[...] atribuir à obra de Montesquieu um modelo teoria dos três poderes rigorosamente separados, e que cada poder recobriria uma função, sem qualquer interferência dos outros. Essa teoria jamais existiu em Montesquieu; mais do que separação, do que verdadeiramente se tratava era a combinação de poderes. O verdadeiro problema político que surgia era combinar estas três potências e desta combinação poderíamos deduzir qual a classe social e política que sairia como favorecida" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.113. Nota de rodapé)

Numa palavra: não devemos sucumbir à sedução sistêmica de um mecanismo que é um *plus* em relação à própria lei. A Súmula vinculante é uma metacondição de sentido, produzindo um discurso monológico, impedindo a necessária alteridade hermenêutica. Desse modo, o problema das Súmulas não reside no fato de serem “corretas” ou “incorretas”, e, sim, na função que esse mecanismo exerce no sistema jurídico e suas conseqüências no acesso à justiça e na qualidade das decisões a serem proferidas pelos juízes e tribunais.

Por último: a introdução das súmulas vinculantes representará um controle panóptico (lembramos Bentham e a Foucault) sobre as instâncias inferiores do judiciário. Mais do que isto, corremos o risco da institucionalização de um imaginário fahrenheit 451 (lembramos do filme do mesmo nome)! No filme, os livros eram queimados (451 graus fahrenheit é a temperatura da queima do papel de livro). Ao impingirem o pensamento único acerca do Direito, as súmulas impedem novas leituras, novas interpretações. É claro que, com a institucionalização da súmula vinculante, não se queimarão livros; o problema será a queima das idéias (divergentes)! (Grifo no original)

### 3 A JURISPRUDÊNCIA QUANTO À BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

#### 3.1 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SÚMULA VINCULANTE Nº 4

Para apresentar este tópico, nada mais conveniente do que estudar o teor da Súmula Vinculante de nº 4 do Supremo Tribunal Federal.

Referida Súmula disciplina o exposto no inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal, e aduz, em sua primeira parte 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 [...]”*.

Embora tenha acertado o Supremo Tribunal Federal em pacificar a jurisprudência quanto à vinculação do salário mínimo, como será demonstrado a seguir, o excelso tribunal restringiu-se a *“vantagem de servidor público ou de empregado”* quando o comando constitucional é mais amplo, proibindo *“sua vinculação para **qualquer fim**”*.

A celeuma, no entanto, foi criada quando aprovada a parte final da Súmula, qual seja, *“nem ser substituído por decisão judicial”*. Neste caso, a redação da Súmula não ficou clara porque, afinal, o que não pode ser substituído por decisão judicial?

Uma interpretação literal levaria a crer que a Súmula Vinculante nº 4 veda a substituição judicial do salário mínimo, o que é feito mediante lei aprovada no congresso nacional, conforme artigo 7º, inciso IV, primeira parte, da Constituição Federal.

Sob esta ótica, fazendo uma releitura do verbete sumular, tem-se que: *“Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode [...] nem ser substituído por decisão judicial”*, em tal Súmula não há qualquer menção ao adicional de insalubridade.

O Supremo Tribunal Federal, por reiteradas vezes, optou pela inaplicabilidade do salário-mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade, como no AI 423622/SP, julgado em 22.08.2006, de relatoria do Ministro Cezar Peluso. Neste julgamento, a segunda Turma do STF declarou ser *“impossível a concessão de adicional de insalubridade calculado sobre o salário mínimo”*.(STF, AI 423622/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, Sessão de 22.08.2006, DJE 15.09.2006. Disponível em < <http://www.stf.jus.br>> Acesso em 20.02.2012.), assim como no RE 439.035/ES, que teve como relator o ministro Gilmar Mendes, em sessão do dia 11.12.2007, onde foi provido o recurso, conforme ementa:

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.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. (STF, RE nº 439035/ES, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, Sessão de 11.12.2007, DJE 27.03.2008. Disponível em < <http://www.stf.jus.br>> Acesso em 20.02.2012). (Grifou-se)

No mesmo norte, é a decisão proferida em 2008, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. INCONSTITUCIONALIDADE. **A utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade ofende a parte final do inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal.** Precedentes: RE 435.011-AgR e AI 423.622-ED. Agravo Regimental desprovido.” (RE-AgR 451220 Relator(a): Min.Rel. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, DJ 20-04-2007) (STF, AI 702449/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Sessão de 21.02.2008, DJE 05.03.2008. Disponível em < <http://www.stf.jus.br>> Acesso em 20.02.2012). (Grifou-se)

O Recurso Extraordinário nº 565.714/SP, interposto por ocasião do controle difuso de constitucionalidade, deu origem à Súmula Vinculante nº 4, após ter sido negado seu provimento no sentido de não vinculação do salário mínimo, conforme se lê:

CONSTITUCIONAL. ART. 7º, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NÃO-RECEPÇÃO DO ART. 3º, § 1º, DA LEI COMPLEMENTAR PAULISTA N. 432/1985 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INCONSTITUCIONALIDADE DE VINCULAÇÃO DO ADICIONAL DE

INSALUBRIDADE AO SALÁRIO MÍNIMO: PRECEDENTES. **IMPOSSIBILIDADE DA MODIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO BENEFÍCIO POR DECISÃO JUDICIAL.** RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. O sentido da vedação constante da parte final do inc. IV do art. 7º da Constituição impede que o salário-mínimo possa ser aproveitado como fator de indexação; essa utilização tolheria eventual aumento do salário-mínimo pela cadeia de aumentos que ensejaria se admitida essa vinculação (RE 217.700, Ministro Moreira Alves). A norma constitucional tem o objetivo de impedir que aumento do salário-mínimo gere, indiretamente, peso maior do que aquele diretamente relacionado com o acréscimo. Essa circunstância pressionaria reajuste menor do salário-mínimo, o que significaria obstaculizar a implementação da política salarial prevista no art. 7º, inciso IV, da Constituição da República. O aproveitamento do salário-mínimo para formação da base de cálculo de qualquer parcela remuneratória ou com qualquer outro objetivo pecuniário (indenizações, pensões, etc.) esbarra na vinculação vedada pela Constituição do Brasil. Histórico e análise comparativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Declaração de não-recepção pela Constituição da República de 1988 do Art. 3º, § 1º, da Lei Complementar n. 432/1985 do Estado de São Paulo.** 2. Inexistência de regra constitucional autorizativa de concessão de adicional de insalubridade a servidores públicos (art. 39, § 1º, inc. III) ou a policiais militares (art. 42, § 1º, c/c 142, § 3º, inc. X). 3. Inviabilidade de invocação do art. 7º, inc. XXIII, da Constituição da República, pois mesmo se a legislação local determina a sua incidência aos servidores públicos, a expressão adicional de remuneração contida na norma constitucional há de ser interpretada como adicional remuneratório, a saber, aquele que desenvolve atividades penosas, insalubres ou perigosas tem direito a adicional, a compor a sua remuneração. Se a Constituição tivesse estabelecido remuneração do trabalhador como base de cálculo teria afirmado adicional sobre a remuneração, o que não fez. 4. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (STF, RE nº 565.714/SP, Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, Sessão de 30.04.2008, DJE 08.08.2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 20.02.2012.) (Grifou-se)

Nota-se que este recurso fora interposto por servidores públicos do Estado de São Paulo, para que fosse declarada a inconstitucionalidade quanto à parte da lei estadual que definia o salário mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade, e que fosse atribuído judicialmente a remuneração como basilar de tal adicional.

Está claro, portanto, que a situação e os artigos enfrentados em nada se referem ao adicional de insalubridade previsto no artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho. Diz respeito, tão somente, à base de cálculo estabelecido naquela lei estadual.

O Pleno optou pela inconstitucionalidade daquela parte da lei estadual, no entanto, afirmou que não poderia o Judiciário substituir o legislativo e determinar outra base de cálculo. Como consequência, editou a Súmula Vinculante nº 4.

Nos debates para a aprovação da redação da referida Súmula, ao destacarem a repercussão que esta terá, os ministros fizeram as seguintes observações:

**O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE)** - Senhores Ministros, registro que esta decisão repercute sobre quinhentos e oitenta processos no Supremo Tribunal Federal e, no âmbito do TST, pelas informações provisórias, algo em torno de dois mil, quatrocentos e cinco processos. Vejam, portanto, o alcance dessa decisão e desse novo procedimento que estamos a declarar.

**O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO** - E levará o Tribunal Superior do Trabalho, meu ex-Tribunal, **à revisão de um verbete de súmula que admite o cálculo a partir do salário mínimo.** (STF, Debates para a aprovação da Súmula Vinculante nº 4, do Supremo Tribunal Federal - notas de plenário. DJe nº 105/2008. Publicação em 11/06/2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=743333>> Acesso em 20.02.2012.) (Grifou-se)

E foi exatamente o que fez o Tribunal Superior do Trabalho ao reformular Súmula nº 228: *“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 normativo”.*

Mas esta nova redação foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, através do despacho proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, ao apreciar o pedido liminar em sede de Medida Cautelar em Reclamação Constitucional nº 6266, *in verbis*:

Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, em face da decisão proferida pelo Plenário do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que editou a Resolução nº 148/2008 e deu nova redação ao verbete nº 228 da Súmula daquele Tribunal (Súmula nº 228/TST)

[...]

Com efeito, no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante n.º 4 (RE 565.714/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Sessão de 30.4.2008 - Informativo n.º 510/STF), esta Corte entendeu que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva.

Dessa forma, com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante n.º 4, este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade.

Logo, à primeira vista, **a nova redação estabelecida para a Súmula n.º 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante n.º 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa.**

Ante o exposto, defiro a medida liminar para suspender a aplicação da Súmula n.º 228/TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade. (STF, Rcl nº 6266, Rel. Min. Gilmar Mendes, Sessão de 15.07.2008, DJE 05.08.2008. Disponível em < <http://www.stf.jus.br>> Acesso em 20.02.2012). (Grifou-se)

Ao editar a Súmula Vinculante nº 4 e, posteriormente, suspender os efeitos da Súmula nº 228 do Tribunal Superior do Trabalho, o Supremo Tribunal Federal efetivou a “*declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*”, teoria baseada na doutrina Alemã, já apresentada no capítulo 2 deste estudo.

De outra sorte, recentemente, em julgamento de cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 151, sobre tema semelhante, qual seja, vinculação do salário mínimo nacional, neste caso como salário base do técnico em radiologia, conforme previsto no artigo 16 da Lei 7.394/85.

Neste julgamento o Ministro Gilmar Mendes propôs a conversão em valores monetários dos dois salários mínimos, e a sugestão foi aprovada, nos termos da decisão *in verbis*:

Decisão: O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de medida cautelar, com observações, **nos termos do voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que lavrará o acórdão**, contra os votos do Senhor Ministro Marco Aurélio, que a deferia em maior extensão, e dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa (Relator) e Ellen Gracie, que a indeferiam. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 02.02.2011.

[...]

O artigo 16 da Lei 7.394/1985 deve ser declarado ilegítimo, por não recepção, mas os critérios estabelecidos pela referida lei devem continuar sendo aplicados, até que sobrevenha norma que fixe nova base de cálculo, seja lei federal, editada pelo Congresso Nacional, sejam convenções ou acordos coletivos de trabalho, ou, ainda, lei estadual, editada conforme delegação prevista na Lei Complementar 103/2000. 3. **Congelamento da base de cálculo em questão**, para que seja calculada de acordo com o valor de dois salários mínimos vigentes na data do trânsito em julgado desta decisão, de modo a **desindexar o salário mínimo**. Solução que, a um só tempo, repele do ordenamento jurídico lei incompatível com a Constituição atual, **não deixe um vácuo legislativo** que acabaria por eliminar direitos dos trabalhadores, mas também não esvazia o conteúdo da decisão proferida por este Supremo Tribunal Federal. (STF, ADPF nº 151, Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Medida Cautelar, j. 02.02.2011, DJE em 06/05/2011. Disponível em < <http://www.stf.jus.br>> Acesso em 20.02.2012.) (Grifou-se)

Após análise do julgado, fica evidente que o Supremo atuou como legislador positivo, alterando, por via judicial, o conteúdo da norma e estabelecendo outro critério para determinar os vencimentos destes profissionais.

Portanto, essa decisão contraria o que o próprio Ministro Gilmar Mendes decidiu, enquanto Presidente do Supremo Tribunal Federal, na RC nº 6266, ao modificar a base de cálculo do salário base do técnico em radiologia, uma vez que deu interpretação divergente sobre o indexador para o adicional de insalubridade.

Gilmar Mendes (2008, pp. 1257-1259), enquanto doutrinador defende a adesão pelo tribunal a uma atuação mais criativa como forma de sanar antigos obstáculos quanto à inconstitucionalidade por omissão que, muitas vezes, causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Assevera o autor que o procedimento de interpretação corretiva da lei não é novo no Excelso Tribunal, cita precedentes<sup>10</sup> como as ADIs 1.105 e 1.127 que conferiram interpretação conforme a Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94) e a ADPF 54 que claramente acrescentou mais uma excludente de punibilidade, ao crime de aborto, no caso do feto padecer de anencefalia, onde o Tribunal atuou como verdadeiro legislador positivo.

Além destes, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, alterando não só a interpretação, mas sim o próprio texto constitucional, que no parágrafo 3º do artigo 226 estabelece:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o **homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 2012). (Grifou-se)

Isso demonstra que a alegação de não atuar como legislador positivo frente à separação dos poderes vem sendo modificada ao longo dos anos e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deve ser utilizada para garantir eficácia especialmente a direitos e garantias fundamentais que encontram obstáculo na omissão por parte do legislativo.

---

<sup>10</sup> ADI 3.324, ADI 3.046, ADI 2.652, ADI 1.946, ADI 2.209, ADI 2.596, ADI 2.332, ADI 2.084, ADI 1.797, ADI 2.087, ADI 1.668, ADI 1.668, ADI 1.344, ADI 2.405, ADI 1.105, ADI 1.127 (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. . **Curso de direito constitucional**. 3. ed., rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1258)

### 3.2 O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Resgatar o histórico das Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho relativas ao adicional de insalubridade é fundamental para entender como tem sido seu posicionamento atual sobre o tema.

O Tribunal Superior do Trabalho, em 1969, editou a Súmula de nº 17 que indicava que *“O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado.”*<sup>11</sup>

No entanto, no ano de 1985, o Tribunal Superior do Trabalho passa a entender que o salário mínimo deve ser utilizado como base de cálculo do adicional de insalubridade, o que ficou instituído com a edição da Súmula nº 228, a qual declara que *“O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário-mínimo de que cogita o art. 76 da Consolidação das Leis do Trabalho”*.<sup>12</sup>

Ocorre que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, restou vedada a vinculação do salário mínimo nacional para qualquer fim, segundo disposição atribuída ao artigo 7º, inciso IV, parte final. Ainda assim, passou a entender o Tribunal Superior do Trabalho que, embora a Súmula nº 228 tenha sido editada em momento anterior ao da promulgação da nova Constituição, teria sido por ela recepcionada, o que culminou com a edição da Orientação Jurisprudencial nº 2 da SBDI-1 em 1996. *“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. MESMO NA VIGÊNCIA DA CF/1988: SALÁRIO MÍNIMO.”*<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> TST, Súmula nº17, 1969 (OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Comentários às súmulas do TST**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 75)

<sup>12</sup> TST, Súmula nº228, 1985 (OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Comentários às súmulas do TST**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 493)

<sup>13</sup> TST, Orientação Jurisprudencial nº 2 SBDI-1, 1996 (OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Comentários às súmulas do TST**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 76)

A exceção, a partir da redação dada em 2003, seria aos que percebem salário profissional e sobre este seria calculado, ficando assim a nova redação da Súmula nº 228 do Tribunal Superior do Trabalho: “*O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo as hipóteses previstas na Súmula nº 17.*”<sup>14</sup>

Porém, no dia 30 de abril de 2008, o Supremo Tribunal Federal julgou o RE-565714/SP, que tratava de questão relativa à possibilidade de se utilizar o salário mínimo como cálculo do adicional de insalubridade, o que culminou com a edição da Súmula Vinculante nº 4: “*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*”<sup>15</sup>

Após essa decisão, o Tribunal Superior do Trabalho revisou a Súmula nº 228, elegendo o salário básico como base de cálculo do referido adicional, com a seguinte redação: “*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 normativo*”.<sup>16</sup>

A Súmula nº 228 foi logo suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, após pedido liminar em sede de Medida Cautelar na Reclamação Constitucional nº 6266, por considerar interpretação indevida da Súmula Vinculante nº 4 ao escolher o salário básico como balizador do cálculo do adicional de insalubridade.<sup>17</sup>

Vinculado a esta decisão do Supremo Tribunal Federal, tem entendido o Tribunal Superior do Trabalho por manter o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, como se pode observar nos seguintes julgados:

**RECURSO DE REVISTA. 1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO STF.**  
Embora a proibição expressa contida na Súmula Vinculante nº 04/STF, de

---

<sup>14</sup> TST, Súmula nº228, 2003 (OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Comentários às súmulas do TST.** 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 493)

<sup>15</sup> STF, Súmula Vinculante nº 4, 2008. (OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Comentários às súmulas do TST.** 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 78)

<sup>16</sup> TST, Súmula nº228, 2008 (OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Comentários às súmulas do TST.** 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 493)

<sup>17</sup> Suspensa a aplicação na parte em que permite a utilização do salário básico, em decorrência de liminar concedida no processo Rcl. 6.266-MC/DF. (OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Comentários às súmulas do TST.** 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 495)

ser o salário mínimo utilizado como fonte diretiva de indexação da base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, deve, na ausência de edição de lei que regule a base de cálculo da parcela em debate, continuar sendo o salário mínimo o parâmetro de apuração do adicional, na forma do art. 192 da CLT, já que a Súmula 17 do TST, que previa a adoção do salário profissional ou do piso salarial como base de cálculo do adicional de insalubridade, foi cancelada pela Resolução nº 148/2008, porque considerada contrária à referida súmula vinculante nº 4/STF. É que, não obstante o reconhecimento de incompatibilidade entre a utilização do salário mínimo como parâmetro de apuração do adicional em questão com o texto constitucional (art. 7º, IV), não pode o Poder Judiciário definir outro referencial - segundo o STF. Assim, a norma celetista continuará vigente até que sobrevenha a criação de norma legal ou negociação coletiva dispondo acerca do parâmetro a ser adotado para cálculo do adicional de insalubridade - a teor da Súmula Vinculante nº 4/STF. (TST, RR- 60900-15.2007.5.02.0036, 6ª Turma. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, j. 09.05.2012, DJE 11.05.2012. Disponível em < <http://www.tst.gov.br/>> Acesso em 14.05.2012.) (Grifo no original)

**RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. ARTIGO 192 DA CLT.** O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE-565.714-SP, sob o manto da repercussão geral da questão constitucional, referente à base de cálculo do adicional de insalubridade, editou a Súmula Vinculante nº 4, reconhecendo a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como parâmetro, mas vedando a substituição deste por decisão judicial. **Assim decidindo, a Suprema Corte adotou técnica decisória conhecida, no direito constitucional alemão, como -declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade-**, ou seja, a norma, não obstante ser declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário substituir o legislador, a fim de definir critério diverso para a regulação da matéria. Portanto, ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 192 da CLT, tem-se que a parte final da Súmula Vinculante nº 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, para o adicional de insalubridade, distinta do salário mínimo, continuará a ser aplicado esse critério para o cálculo do referido adicional, inclusive quando o empregado pertence à categoria profissional, com piso salarial previsto em norma coletiva. Recurso de que se conhece e a que se dá provimento. (TST, RR-249700-63.2007.5.02.0024, 7ª Turma, Rel. Min. Pedro Paulo Manus, j. 09-05-2012, DJE 11.05.2012. Disponível em < <http://www.tst.gov.br/>> Acesso em 14.05.2012.) (Grifou-se)

**ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO STF. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE.**

Diante dos limites impostos na Súmula Vinculante nº 4 do STF, na qual, mesmo afastando-se o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, se ressalta que outro parâmetro não pode ser fixado mediante decisão judicial, entende-se que, na ausência de instrumento ou de lei expressamente fixando base de cálculo diversa, permanece o salário mínimo como parâmetro de cálculo do adicional de insalubridade. (TST, RR-171800-97.2008.5.09.0242, 5ª Turma, Rel. Min. Emmanoel Pereira, j. 08.02.2012, DJE 10.02.2012. Disponível em < <http://www.tst.gov.br/>> Acesso em 13.02.2012.)

Portanto, o Tribunal Superior do Trabalho segue se posicionando pela aplicação do salário mínimo como base para o cálculo do adicional de insalubridade.

Contudo, como observado no primeiro julgado apresentado, o relator sublinha que *“não pode o Poder Judiciário definir outro referencial - segundo o STF”*. Este destaque é relevante, uma vez que denota, aparentemente, que o relator discorda deste imperativo do Supremo Tribunal Federal, o que certamente abre espaço para a maior discussão sobre este convertido tema.

### 3.3 O PISO REGIONAL DE SALÁRIO E O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

#### 3.3.1 O piso regional de salário

Inicialmente, importa registrar que o piso regional salário compreende o salário percebido por determinada categoria, valor este exclusivo da região que o funcionário pertence.

Convém destacar, ainda, em que contexto foi instituído a Lei Complementar que autoriza a criação dos pisos regionais de salários, conforme estudo do DIEESE (2001, p. 3):

Em que pese ser discutível o diagnóstico do “desequilíbrio da previdência”, o mesmo vinha fortalecendo a proposição de que seria preciso desvincular o piso dos rendimentos dos beneficiários da previdência social do valor do salário mínimo nacional. Desta forma, seria possível promover aumentos reais ao mínimo nacional, condizentes com a capacidade de pagamento do setor privado e sem prejudicar o ajuste das finanças públicas, tido como essencial ao programa de estabilização de preços.

No entanto, a Constituição Federal assegura que as pensões e aposentadorias não sejam inferiores ao mínimo nacional, tornando-se bastante difícil conseguir apoio político no Congresso Nacional para a aprovação de um projeto que desvincule o salário mínimo nacional do menor valor beneficiário pago pela previdência social.

Uma via alternativa seria estabelecer um outro salário mínimo desvinculado do nacional que passaria a ser, fundamentalmente, uma espécie de “piso previdenciário”

E é nesse contexto que é aprovada, em 14 de julho de 2000, a Lei Complementar nº 103 que autoriza os Estados e o Distrito Federal “[...] a instituir, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, o piso salarial de que trata o inciso V do art. 7º da Constituição Federal para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho.” (BRASIL, 2012).

O inciso V do art. 7º da Constituição Federal estabelece como direito dos trabalhadores “*piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho*”. Portanto, tratando-se de norma de eficácia limitada, e lei estadual deverá prever quais categorias profissionais terão direito ao piso salarial. (KÜMMEL, 2007).

É importante diferenciar esse piso regional dos pisos salariais estabelecidos em Acordos ou Convenções Coletivas de Trabalho, que segundo ensinamento de Maurício Godinho Delgado (2011, pp. 670-671):

Há o salário-normativo, que corresponde ao parâmetro salarial mais baixo que se pode pagar a um empregado no contexto de determinada **categoria profissional** (art. 611, CLT), segundo fixado em **sentença normativa** (salário-normativo em sentido estrito) ou em **convenção ou acordo coletivo de trabalho** (salário-normativo ou salário convencional). Observa-se, por outro lado, que a dinâmica jurídica tem eleito também a expressão **piso salarial** para atender a essas situações de fixação de parâmetros salariais mínimos em certas categorias profissionais. (Grifou-se)

Com a Lei Complementar 103/2000, criou-se outro conceito de piso salarial, com a possibilidade dos estados instituírem outro patamar de valoração dos salários, com valor acima do mínimo nacional para determinadas categorias profissionais.

Marcelo Barroso Kümmel traz outro ponto importante a ser considerado, ao afirmar que “*O piso salarial será devido apenas aos empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo*” (KÜMMEL, 2007). Dessa forma, destaca o autor que é necessário preservar o incentivo à negociação coletiva, previsto no art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal. Destarte, deve-se constatar a qual categoria o empregado pertence e se sobre ela existe instrumento normativo (acordo coletivo ou convenção coletiva) vigente; em caso negativo, aplica-se o piso salarial criado pela lei estadual.

Nesse sentido se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei estadual que fixa piso salarial para certas categorias. CNI. Preliminar de ausência parcial de pertinência temática. Rejeitada. Expressão “que o fixe a maior” contida no caput do artigo 1º da Lei estadual nº 5.627/09. Direito do trabalho. Competência legislativa privativa da União delegada aos Estados e ao Distrito Federal. Expressão que extravasa os limites da delegação de competência legislativa conferida pela União aos Estados por meio da Lei Complementar nº 103/00. Ofensa ao artigo 22, inciso I e parágrafo único, da Lei Maior. 1. A exigência de pertinência temática não impede o amplo conhecimento da ação, com a declaração de inconstitucionalidade da norma para além do âmbito dos indivíduos representados pela entidade requerente, quando o vício de inconstitucionalidade for idêntico para todos os seus destinatários. Preliminar rejeitada. 2. A competência legislativa do Estado do Rio de Janeiro para fixar piso salarial decorre da Lei Complementar federal nº 103, de 2000, mediante a qual a União, valendo-se do disposto no artigo 22, inciso I e parágrafo único, da Carta Maior, delegou aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituir piso salarial para os empregados que não tenham esse mínimo definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho. Trata-se de lei estadual que consubstancia um exemplo típico de exercício, pelo legislador federado, da figura da competência privativa delegada. 3. A expressão “que o fixe a maior” contida no caput do artigo 1º da Lei estadual nº 5.627/09 tornou os valores fixados na lei estadual aplicáveis, inclusive, aos trabalhadores com pisos salariais estabelecidos em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho inferiores a esse. A inclusão da expressão extrapola os limites da delegação legislativa advinda da Lei Complementar nº 103/2000, violando, assim, o art. 22, inciso I e parágrafo único, da Constituição Federal, por invadir a competência da União para legislar sobre direito do trabalho. 4. Não há no caso mera violação indireta ou reflexa da Constituição. A lei estadual que ultrapassa os limites da lei delegadora de competência privativa da União é inconstitucional, por ofensa direta às regras constitucionais de repartição da competência legislativa. Existindo lei complementar federal autorizando os Estados-membros a legislar sobre determinada questão específica, não pode a lei estadual ultrapassar os limites da competência delegada, pois, se tal ocorrer, o diploma legislativo estadual incidirá diretamente no vício da inconstitucionalidade. Atuar fora dos limites da delegação é legislar sem competência, e a usurpação da competência legislativa qualifica-se como ato de transgressão constitucional. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (STF, ADI 4391/RJ, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, Sessão de 02.03.2011, DJE 17.06.2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 20.02.2012).

Conforme Rodrigo Poiato Macedo (2008), este entendimento é importante, pois:

[...] acaba, por incentivar as negociações coletivas, uma vez que o parâmetro passa a ser o piso salarial, se fixado, e não mais o salário mínimo, logo na recusa dos empresários em negociar, será aplicado, único e simplesmente, o referido piso, ao passo que numa negociação são feitas concessões de ambas as partes, sendo os empresários favorecidos de outro modo.

Outro fator importante da implantação do piso estadual de salário é o quanto ele dá vigor à economia local ao garantir ganhos maiores aos trabalhadores, é o que

podemos extrair da notícia publicada no periódico “Valor Econômico” (GIFFONI, 2012):

O novo piso do Paraná deve ser anunciado nas próximas duas semanas. O governo sinalizou que apoiaria, pelo menos, um reajuste igual aos 14,13% que corrigiram o mínimo nacional. Esse reajuste elevaria o piso regional à faixa de R\$ 840. Se as expectativas forem confirmadas, **a injeção na economia paranaense com o reajuste do mínimo regional chegará a R\$ 2,6 bilhões em um ano.** (Grifou-se)

Por ter abrangência estadual, há de se supor que os governos estabelecem os pisos observando a realidade e capacidade da economia local em arcar com o piso.

No contexto da crise mundial de 2008, os benefícios de aumento de renda dos que percebem o piso mínimo regional, somados a uma política de distribuição de renda estabelecida pelo governo federal, teve relação intrínseca com o pequeno impacto sofrido pelo Brasil, na crise que se mostra uma das maiores da história do capitalismo e que posteriormente fez com que o país demonstrasse maior fôlego para sair rapidamente da crise.<sup>18</sup>

Conclui-se, portanto, que o piso regional de salários beneficia toda a sociedade e quem ganha é o trabalhador, especialmente o de menor salário, ao ver seus proventos e seu poder de compra aumentar. Ganha também os trabalhadores que recebem acima do piso regional, uma vez que o piso instituído pode servir de impulso para que os outros patamares salariais sejam elevados. Mas, sobretudo, ganha a economia, local e nacional, principalmente por promover o aumento do consumo e consequente geração de riquezas, empregos e distribuição renda.

---

<sup>18</sup> “A recente política de valorização do trabalho, com recuperação real do salário mínimo e com geração de milhões de empregos com carteira assinada, foi fundamental para amortecer os impactos da crise mundial. Mas é preciso melhorar a distribuição funcional da renda a favor dos salários, fazendo com que a parte das rendas do trabalho cresça como proporção do PIB.” (SIMIONI, Monica. **Distribuição da renda é Desenvolvimento**. In: Desafios do Desenvolvimento. fevereiro/março de 2010. Disponível em <<http://desafios2.ipea.gov.br/sites/000/17/edicoes/60/pdfs/rd60not05.pdf>>. Acesso em 20.02.2012.)

### 3.3.2 O entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região

Apesar de haver divergência quanto à aplicação do salário mínimo regional como indexador para o adicional de insalubridade, é justamente sobre este que a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, desde 2008, após a edição da Súmula Vinculante nº 4, entendeu incidir sobre esta base de cálculo, conforme deixou assentado nos acórdãos:

**BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - PISO NORMATIVO - SALÁRIO-MÍNIMO REGIONAL.** A expressão “adicional de remuneração”, contida no inciso XXIII do art. 7º da Constituição Federal, apenas define a natureza do adicional de insalubridade, não tendo derogado o art. 192 da CLT, que prevê como base de incidência o salário mínimo. **Conforme interpretação teleológica deste último dispositivo, a incidência do adicional se dá sobre o valor mínimo pago ao trabalhador em cada região, considerado o piso previsto em norma coletiva. Na ausência ou em caso de restrição quanto à aplicabilidade do piso normativo deve ser utilizado o salário-mínimo regional previsto no inciso V do art. 7º da CF. Entendimento corroborado pela súmula 17 do TST.** (TRT4, RO 0014900-26.2007.5.04.0383, Rel. Des. Ricardo Tavares Gehling, j. 08.05. 2008 DJE 17.08.2008. Disponível em < <http://www.trt4.jus.br>> Acesso em 20.02.2012.) (Grifou-se)

**ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.** A partir do advento da Constituição de 1988, o adicional de insalubridade não pode mais ser calculado com base no salário mínimo em razão da vedação contida no inciso IV do artigo 7º da CF/88. É sabido que a utilização do salário básico, conforme nova redação da Súmula n. 228 do TST, está suspensa por força da liminar deferida pelo Ministro Gilmar Mendes na Medida Cautelar de Reclamação 6.266-0 DF. **Assim, adota-se o salário normativo da categoria como base de cálculo do adicional de insalubridade e, na ausência deste, o piso regional de salários.** (TRT4, RO 0069600-53.2008.5.04.0241, Rel. Des. Luiz Alberto De Vargas, j. 20.05. 2009 DJE 27.05.2009. Disponível em < <http://www.trt4.jus.br>> Acesso em 20.02.2012.) (Grifou-se)

[...] Não há como determinar o pagamento do referido adicional sobre a remuneração do empregado, nem sobre o piso da categoria, tendo em vista o que dispõe a Súmula Vinculante nº 04 do Supremo Tribunal Federal. Enquanto o legislador não definir a nova base de cálculo do adicional de insalubridade, há que se defini-la por **integração de normas**. Com a edição da Lei Complementar nº 103/00, os Estados e o Distrito Federal foram autorizados a instituir o piso salarial a que se refere o inciso V do art. 7º da Constituição Federal, "mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho" (art. 1º). O Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento na referida lei complementar, foi um dos Estados que, desde 2001, com a Lei Estadual nº 11.647, de 15-7-01, vem instituindo pisos salariais a que se refere o inciso V do art. 7º da Constituição Federal, dividindo-o em níveis, conforme a atividade

econômica desenvolvida. **Em consonância com as normas já mencionadas e o disposto no art. 192 da CLT, assim como em observância ao princípio isonômico de tratamento, impõe-se a adoção do menor piso salarial regional** fixado para o Estado do Rio Grande do Sul como base de calculado adicional de insalubridade. Destaca-se que esse entendimento não contraria a Súmula Vinculante nº 04 do STF, uma vez que não se está fixando qualquer indexador nem substituindo o salário-mínimo nacional. (TRT4, RO 0116000-98.2006.504.0305, Rel. Des. João Ghisleni Filho, j. 03.03. 2010 DJE 15.03.2010. Disponível em < <http://www.trt4.jus.br>> Acesso em 20.02.2012.) (Grifou-se)

**ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.** A utilização do salário-mínimo para o cálculo do adicional de insalubridade é rechaçada pelo inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal de 1988.

Em face da limitação imposta no recurso da autora, o recurso é provido, condenando-se a reclamada ao pagamento de diferenças do adicional de insalubridade, pela **utilização do piso regional** estabelecido na lei estadual como base de cálculo. (TRT4, RO 0000244-20.2010.5.04.0008, Rel. André Reverbel Fernandes, j. 04.05.2011 DJE 16.05.2011. Disponível em < <http://www.trt4.jus.br>> Acesso em 20.02.2012.) (Grifou-se)

**ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO.** Segundo o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, deve ser mantida a base de cálculo definida no art. 192 da CLT para o cálculo para o adicional de insalubridade, o salário-mínimo nacional.

[...]

Apesar da existência de piso regional no RS para o salário-mínimo, cuja base de cálculo a Relatora adotou em diversas decisões, ante o decidido pelo STF passo a adotar o entendimento de que a base de cálculo é o salário-mínimo nacional. (TRT4, RO 0000798-92.2010.5.04.0221, Rel. Lucia Ehrenbrink, j. 26.04.2012 DJE 03.05.2012. Disponível em < <http://www.trt4.jus.br>> Acesso em 14.05.2012.)

Em sede de recurso, quase todos estes acórdãos são reformados pelo Tribunal Superior do Trabalho, que, como exposto anteriormente, posiciona-se por aplicar o salário mínimo nacional.

**ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. FIXAÇÃO. PREVALÊNCIA DOS TERMOS DA ORIENTAÇÃO EMANADA DA SÚMULA VINCULANTE N.º 4, DO STF. PROVIMENTO.** Para a adoção de parâmetros que possam servir como base de cálculo do adicional de insalubridade, deve prevalecer o entendimento da Súmula Vinculante n.º 4 do STF, que declarou a impossibilidade de se utilizar o salário mínimo como indexador da base de cálculo do adicional de insalubridade de empregado, estabelecendo que lei federal deverá dispor sobre novo parâmetro. Entende-se, portanto, que a melhor leitura que se faz da questão é que a fixação da base de cálculo do adicional de insalubridade a partir do salário mínimo, no caso de empregado, não somente é possível como também é a única forma a ser adotada, até que lei federal venha dispor sobre o assunto, conforme assentado no despacho proferido pelo Min. Gilmar Mendes, na Medida Cautelar em Reclamação Constitucional n.º 6266. (TST, RR- 46500-96.2009.5.04.0641, 4ª Turma, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, j. 21.03.2012, DJE 23.03.2012. Disponível em < <http://www.tst.gov.br/>> Acesso em 14.05.2012.) (Grifou-se)

No entanto, encontram-se algumas raras exceções em que as decisões são mantidas, como neste acórdão de Recurso de Revista:

Com efeito, a decisão regional, ao adotar como base de cálculo do adicional de insalubridade o **salário mínimo regional, não contrariou a Súmula Vinculante 4 do STF**, a qual manteve o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, mas não especificou se tal salário mínimo deveria ser o nacional ou o regional. Assim sendo, resta também afastada a tese de violação do art. 103-A da CF. (TST, RR-97200-76.2007.5.04.0017, 7ª Turma, Rel. Min. Maria Doralice Novaes, j. 01.09.2010, DJE 03.10.2010. Disponível em < <http://www.tst.gov.br/>> Acesso em 20.02.2012.) (Grifou-se)

Observa-se, deste julgado, que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu como base de cálculo do adicional de insalubridade o salário mínimo. Todavia, por não definir se se trata de salário mínimo Nacional ou Regional, segundo o entendimento desta turma, a Suprema Corte deixou ao livre convencimento e oportunidade do julgador estabelecer qual deveria ser aplicado.

Vale transcrever aqui o artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho, *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 classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo. (BRASIL, 2012) (Grifou-se)

Conforme já abordado anteriormente, neste estudo, a Lei nº 185, de 14 de janeiro de 1936, instituiu o salário mínimo e o adicional de insalubridade no ordenamento jurídico brasileiro. Por conseguinte, Sergio Pinto Martins (2008, p. 124) acentua que *“O salário mínimo era fixado por região, pois entendia-se que os valores das utilidades que o integravam variavam de forma diversa em cada região do país, envolvendo diversos aspectos de custo de vida, que não eram uniformes.”*

Não obstante a notória celeuma, o Tribunal Superior do Trabalho assim tem julgado:

**RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. FIXAÇÃO. SALÁRIO MÍNIMO. PREVALÊNCIA DOS TERMOS DA ORIENTAÇÃO EMANADA DA SÚMULA VINCULANTE N.º 4 DO STF.** Para a adoção de parâmetros que possam servir como base de cálculo do adicional de insalubridade, deve prevalecer o entendimento da Súmula

Vinculante n.º 4 do STF, que declarou a impossibilidade de se utilizar o salário mínimo como indexador da base de cálculo do adicional de insalubridade de empregado, estabelecendo que lei federal deverá dispor sobre novo parâmetro. Entende-se, portanto, que a melhor leitura que se faz da questão é de que a fixação da base de cálculo do adicional de insalubridade a partir do salário mínimo, nos casos de empregado, não somente é possível como também é a única possibilidade a ser adotada, até que lei federal venha dispor sobre o assunto, conforme assentado no despacho proferido pelo Min. Gilmar Mendes, na Medida Cautelar em Reclamação Constitucional n.º 6266. (TST, RR-74200-78.2009.5.04.0372, 4ª Turma, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, j. 23.02.2011, DJE 11.03.2011. Disponível em < <http://www.tst.gov.br/> Acesso em 20.02.2012.).

Esse posicionamento fere claramente o Princípio da Unidade da Constituição, vez que a interpretação desta norma constitucional não deve ser feita isoladamente. Este dispositivo está inserido na Constituição, em seu artigo 7º, assim como outros de garantias ao trabalhador: inciso XXII (*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*) e XXIII (*adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei*).

Conforme estabelece o artigo 126 do Código de Processo Civil, não pode o Juiz deixar de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. O julgador deve aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Para corroborar com o alegado, vejamos o que dispõe o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, **na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho**, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. (BRASIL, 2012) (Grifou-se)

Sem precisar nenhuma qualidade hermenêutica especial, fica evidente que, sendo o salário mínimo nacional o de menor valor para se atribuir como base de cálculo do adicional de insalubridade, por ter baixo custo, acaba por desestimular práticas para a eliminação ou redução da insalubridade pelo empregador, neste caso, provoca clara lesão aos princípios do Direito do Trabalho. O raciocínio está

fundado na doutrina de Maurício Godinho Delgado (2011, p. 192), que evidencia que:

[...] o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de **proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia -o obreiro-**, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho. (Grifou-se)

Então, conforme adotou o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, a utilização do piso regional de salário ou piso salarial estadual ou salário mínimo regional, regulamentado pela Lei Complementar 103 de 2000, garante a afirmação do princípio da eficácia integradora e o da máxima efetividade da norma constitucional, consistente em uma forma de sanar esta inconstitucionalidade.

Dessa forma, estar-se-ia eliminando tal vácuo legislativo e, ao mesmo tempo, garantindo maior atuação por parte do empregador que queira evitar pagar tal adicional, uma vez que fica obrigado a adotar melhores práticas para ter ambientes de trabalho mais saudáveis.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A degradação da saúde do trabalhador e o alto custo social e financeiro para a sociedade, por si só, é assunto de extrema relevância num processo evolutivo onde houve momentos em que não havia qualquer preocupação com o meio ambiente do trabalho, especialmente no processo de Revolução Industrial do século XVIII, período este marcado pelo excesso de trabalhadores em fábricas, extensas jornadas e péssimas condições de trabalho.

Contudo, é neste momento histórico que o trabalhador assume a condição de explorado e inicia as mobilizações por melhoria nas condições de trabalho, pressionando o Estado a intervir e editar regramentos para minimizar o impacto negativo do labor e melhorar seu meio ambiente.

É nessa conjuntura que surge o Direito do Trabalho, que advém como instrumento para garantir a efetivação das regras emanadas do Estado.

Um desses instrumentos foi a criação do adicional de insalubridade, a fim de compensar o trabalhador e penalizar monetariamente o empregador, por ter em sua empresa agentes causadores de doenças laborais acima dos limites de tolerância, na intenção de neutralizá-las ou reduzi-las.

Diante do exposto, chega-se ao ponto de divergência, qual seja, a base de cálculo do adicional de insalubridade.

Entre doutrinadores e juristas, existem várias interpretações e opiniões divergentes de qual seria o balizador de tal adicional.

O fato é que este adicional surgiu no Brasil com a lei que criou o salário mínimo, que, à época, era regionalizado, e, posteriormente, foi agregado à Consolidação das Leis do Trabalho. Mas, com o advento da Carta Magna de 1988, em que proibiu expressamente qualquer indexação ao salário mínimo, é que nasce realmente toda a discussão.

Para o deslinde de tal controvérsia, por óbvio, fez-se necessário o estudo dos princípios constitucionais e princípios norteadores do Direito do Trabalho.

O Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula Vinculante nº 4, que deveria servir para pacificar (acalmar, apaziguar, aplacar, serenar, tranquilizar)

(PRIBERAM, 2010) a celeuma, não teve outro efeito senão o de combustível em uma fogueira acesa.

É óbvio que o Legislador já deveria ter adequado tal norma, mas, passados mais de 23 anos da promulgação da Constituição, tal dispositivo permanece em nosso ordenamento jurídico, mesmo eivado de inconstitucionalidade.

É bem verdade que o PL 1165<sup>19</sup>, de autoria do então deputado federal Paulo Paim - PT/RS foi apresentado em 25/11/1988 naquela casa, o qual atualmente tem apensado outros quatro projetos de lei, quais sejam, PL 1613/1991; PL 4770/2009; PL 5067/2009; PL 5666/2009, todos versando sobre a modificação da base de cálculo para o adicional de insalubridade.

O Ministro Gilmar Mendes, enquanto presidente do Supremo Tribunal Federal proferiu liminar em sede de Medida Cautelar em Reclamação Constitucional nº 6266 para suspender a redação da Súmula nº 228 do Tribunal Superior do Trabalho, indicando que seria aplicação indevida da Súmula Vinculante n.º 4 definir como cálculo do adicional de insalubridade o salário básico, que, segundo o Magistrado não pode o judiciário estabelecer outro balizador para o referido adicional.

Diante da inércia do Legislador em editar nova regra para sanar a inconstitucionalidade desta lei, conforme artigo 126 do Código de Processo Civil e artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, cabe ao Judiciário, através da jurisprudência, definir qual seria o base de cálculo, recorrendo à analogia, aos costumes e aos princípios que norteiam o Direito do Trabalho.

A redação do artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece como base de cálculo do adicional de insalubridade “salário-mínimo da região”. Por analogia, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região levou em conta a vontade do legislador originário e estabeleceu como base de cálculo o piso regional de salário, que é o menor valor a ser pago em uma determinada região.

Instituir tal critério não traz prejuízo ao trabalhador, posto que majora o balizador que hoje é sobre o salário mínimo nacional. Também não causaria um grande impacto para o empregador, uma vez que se trata de uma solução compatível e viável tanto para o empregador quanto para o trabalhador.

---

<sup>19</sup> BRASIL. PL 1165/1988. De 25.11.1988 Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16356>> Acesso em 20.02.2012.

Ocorre que, cinco são os estados da federação que instituíram o piso regional de salário, portanto, seria necessária uma fase de transição, com a edição de súmula nos moldes da última redação da Súmula nº 228 do Tribunal Superior do Trabalho, elencando como balizador o salário base do trabalhador para os estados que não tenham instituído o piso regional.

Tal medida traria um interesse maior da classe patronal em estabelecer em seus estados o piso regional, que traz consigo grande benefício para a economia estadual e ganhos significativos aos trabalhadores, sobretudo os de melhor renda, que figuram na faixa salarial do valor mínimo nacional.

E não menos importante, essa medida constituiria a efetivação de preceito constitucional, garantindo um ambiente de trabalho mais salubre ao passo que também sanaria tal flagrante inconstitucionalidade no uso como balizador do salário mínimo nacional.

## 5 REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed., rev. atual. São Paulo: LTR, 2011. 1104 p.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 419 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3a edição, São Paulo, Celso Bastos Editor, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 20.02.2012.

BRASIL. **Decreto nº 89.589, de 26 de Abril de 1984**. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-89589-26-abril-1984-440055-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 20.02.2012

BRASIL. **Lei n. 185 de 14 de janeiro de 1936**. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=21191>> Acesso em 20.02.2012

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho 1934**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)> Acesso em 20.02.2012.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del5452.htm>> Acesso em 20.02.2012.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.162 – de 1 de maio de 1940**. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=37717>> Acesso em 20.02.2012

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm)> Acesso em 20.02.2012.

BRASIL. **Lei Complementar nº 103**, de 14 de julho de 2000. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp103.htm)> Acesso em 20.02.2012.

BRASIL. **Lei nº 7.789**, de 03 de julho de 1989. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L7789.htm>> Acesso em 20.02.2012.

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. rev., ampl. e atual. em conformidade com Porto Alegre: Síntese, 2004. 570 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 2003. 1522 p.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 33. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 1392 p.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2.ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1981. 359 p.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. 104 p.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 254 p.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTR, 2011. 1403 p.

DIEESE, **Estudo Exploratório**: Piso Regional Mínimo. 2001. 75 p. Disponível em <<http://www.dieese.org.br/projetos/SERT/estudoPisoRegionalMinimo.pdf>> Acesso em 20.02.2012

GIFFONI, Carlos. **PR paga maior piso do país**. In: VALOR ECONÔMICO. 06/02/2012. Disponível em <<http://www.valor.com.br/impreso/brasil/pr-paga-maior-piso-do-pais>>. Acesso em 20.02.2012.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 760 p.

KÜMMEL, Marcelo Barroso. **Piso salarial estadual**: constitucionalidade e obrigatoriedade. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 40, 30/04/2007. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1766](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1766)>. Acesso em 14.02.2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. 1196 p.

MACEDO, Rodrigo Poiato. **Piso Salarial Estadual**. Monografia de Graduação. Presidente Prudente: Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, 2008. 60 p.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. rev., atual e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 542 p.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto comunista**. 5 ed. São Paulo: Ched Editorial, 1999. 57 p.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 1202p.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Trabalho**. 24. ed. atual. até 12-12-2007 São Paulo: Atlas, 2008. 862 p.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. 3.ed. São Paulo: LTR, 2008. 472p

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. . **Curso de direito constitucional**. 3. ed., rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2008. 1434p.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.. 3 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999. 375 p.

MEYER-PFLUG, Samantha. **Da eficácia das decisões na arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Vol. 6. n. 70. março/2005. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_70/artigos/Art\\_Samantha.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/artigos/Art_Samantha.htm)> Acesso em 16.02.2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed., rev. atual. até a EC n.67/10 e Súmula V São Paulo: Atlas, 2011. 944 p.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho. 24. ed. rev. atual. e ampl São Paulo: Saraiva, 2009. 1415 p.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Teoria jurídica do salário. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997 p.

O Estado de São Paulo. **País gasta R\$ 71 bi ao ano com acidente de trabalho**. São Paulo, 21.01.2012. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia+geral,pais-gasta-r-71-bi-ao-ano-com-acidente-de-trabalho,100142,0.htm>>. Acesso em: 21.02.2012.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Comentários às súmulas do TST**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 864 p.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2001.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3.ed. atual São Paulo: Editora LTR, 2002. 453 p.

PREVIDÊNCIA. **Anuário Estatístico da Previdência Social**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br>>. Acesso em: 21.02.2012.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica**. São Paulo: Editora LTR, 1997. 117 p

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 9. rev. e atual. Curitiba, PR: Juruá, 2004. 497 p.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; CASTELLO BRANCO, Ana Maria Saad. **Consolidação das leis do trabalho: comentada**. 40. ed. atual., rev. e ampl São Paulo: LTR, 2007. 1352 p.

SALGADO, Clóvis C. **Insalubridade e periculosidade Aspectos**. 3 ed. São Paulo: FUNDACENTRO, 1981. 43 p.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. São Paulo: Editora LTR, 1999. 231 p.

SIMIONI, Monica. **Distribuição da renda é Desenvolvimento**. In: Desafios do Desenvolvimento. fevereiro/março de 2010. Disponível em <<http://desafios2.ipea.gov.br/sites/000/17/edicoes/60/pdfs/rd60not05.pdf>>. Acesso em 20.02.2012.)

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 298 p.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10253>>. Acesso em: 13.02.2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O FAHRENHEIT SUMULAR DO BRASIL: O CONTROLE PANÓPTICO DA JUSTIÇA**. Disponível em <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/14.pdf>> Acesso em 16.02.2012

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 21 ed. São Paulo: Editora LTR, 2003.