

Em busca da base de cálculo do adicional de insalubridade¹

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Especialista em Direito Eletrônico pela Universidade Estácio de Sá. Ex-professor do curso de Direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Líder do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado à linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte (IFRN), Campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte (IFRN), Campus Natal-Central. Articulista e poeta. Autor do livro *Curso de Direito Penal – teoria geral do crime*, v. I (Juruá, art. 2016); *Curso de Direito Penal – teoria geral da pena*, v. II (Juruá, 2017). *E-mail*: rocconelson@hotmail.com.

Isabel Cristina Amaral de Sousa Rosso Nelson

Doutora em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bacharela e licenciada em Enfermagem pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Especialista em Formação Profissional na Área de Saúde (Fiocruz / UFRN). Especialista em Saúde da família (Universidade Castelo Branco). Especialista em Enfermagem do Trabalho (Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas – FACISA). Especialista em Educação Desenvolvimento e Políticas Educativas (Faculdades Integradas de Patos – FIP). Docente da Faculdade de Enfermagem da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte. *E-mail*: isacristas@yahoo.com.br.

Resumo: A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa e dos métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, e adotando técnica de pesquisa bibliográfica, em que se visita a legislação, a doutrina e a jurisprudência, tem por desiderato analisar a grande controvérsia que gira em torno da base de cálculo do adicional de insalubridade, tendo-se gerado algumas teses sobre o assunto. Defende-se que a base de cálculo mais justa sobre a qual deve recair o adicional de insalubridade deve ter por referência a remuneração. O entendimento atual, o qual possui força vinculante, é de o salário-mínimo constituir a base de cálculo do adicional de insalubridade, até que sobrevenha lei em sentido contrário ou norma coletiva mais benéfica.

Palavras-chave: Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Precedentes do STF.

Sumário: **1** Das considerações iniciais – **2** Supremo Tribunal Federal e o RE nº 565.714/SP – primeira corrente – **3** TST e a Súmula nº 228 – segunda corrente – **4** O art. 7º, XXIII da Constituição Federal – terceira corrente – **5** Uma interpretação da Súmula Vinculante nº 4 do STF – quarta corrente – **6** Considerações finais – Referências

¹ Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte (IFRN), Brasil.

1 Das considerações iniciais

A proteção ao meio ambiente faz parte do plexo de direitos da terceira dimensão dos direitos fundamentais, sendo elencado como bem jurídico fundamental, tutelado no art. 225 da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Destaca-se que se adota, no Brasil, o conceito amplo de meio ambiente, sendo este composto por elementos naturais e sociais, de sorte que o meio ambiente do trabalho fica albergado, também, nas prescrições constitucionais do art. 225 e, de forma mais específica, no art. 200, VIII:²

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

(...)

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

É importante explicitar que a proteção ao meio ambiente do trabalho ainda é regrada na Constituição Federal através do art. 7º, XXII, que garante direito aos trabalhadores urbanos e rurais quanto à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

² “Com efeito, a nossa Lei Fundamental de 1988 adota de forma expressa um conceito amplo para o bem jurídico ambiental, contemplando a integração entre os elementos naturais e os elementos humanos (ou sociais). A título de exemplo, o dispositivo constitucional que trata do patrimônio cultural (art. 216, V) evidencia essa abordagem normativa, ao referir que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, incluindo ‘os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico’. Outra previsão constitucional que reflete a amplitude do conceito de ambiente é o art. 200, VIII, especificamente no sentido de incluir também o ambiente do trabalho no seu conteúdo, ao enunciar que compete ao Sistema Único de Saúde (SUS) ‘colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho’. (...)” (SARLET, 2014, p. 312). “O estudo das normas e princípios sobre proteção da vida e da saúde do trabalhador, portanto, tem início com a estruturação do Direito do Trabalho como disciplina jurídica cientificamente autônoma. A migração desse estudo para o campo do Direito Ambiental só tem início na década de 1970, sobretudo a partir da doutrina italiana que desde o início conjugou os estudos sobre proteção da flora, da fauna, da paisagem e da qualidade do ambiente urbano (combate à poluição sonora, visual, atmosférica) àqueles sobre os espaços confinados nas indústrias ou, num sentido mais preciso, sobre o meio ambiente do trabalho” (FIGUEIREDO, 2013, p. 257-258). Cf. GARCIA, 2020, p. 962.

Percebe-se a superposição da terceira e segunda dimensões dos direitos fundamentais, em que o direito ao meio ambiente sadio se entrelaça normativamente com o direito trabalhista no que tange à segurança e saúde do trabalhador.³

No plano do puro “dever-ser”, busca-se um ambiente laboral onde os riscos ocupacionais possam ter neutralizados por completo. Sendo isso inviável, na práxis laboral, tem-se a monetização desses riscos ocupacionais, a qual se dá pela percepção dos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade, possuindo *status* de regra constitucional de direito social. *In verbis*:

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

(...)

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

(...)

Como se afere da prescrição normativa constitucional, está-se diante de institutos de caráter essencialmente tutelar, que, para se efetivarem, necessitam de regulamentação em lei, o que lhes confere natureza de norma constitucional de eficácia limitada.

No que tange ao adicional de insalubridade, ele é assim definido nos termos da prescrição do art. 189 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

Art. 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Vem à baila o regramento do art. 192 da CLT, que especifica a base de cálculo e as alíquotas do adicional de insalubridade:

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*

³ “No meio ambiente do trabalho, o bem jurídico tutelado é a saúde e a segurança do trabalhador, o qual deve ser salvaguardado das formas de poluição do meio ambiente laboral, a fim de que desfrute de qualidade de vida saudável, vida com dignidade. (...)” (BARROS, 2017, p. 694).

salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.⁴

O citado regramento é fruto da Lei nº 6.514/77, que alterou a CLT no que tange ao capítulo referente à segurança e medicina do trabalho.

Afere-se que se prescreveu como base de cálculo do adicional de insalubridade o salário-mínimo da região, visto que, na época, cada Estado poderia determinar o valor do salário-mínimo regente em seu território, o qual era determinado em face do valor do custo de vida, que variava em face da realidade local, posto que se está diante de um país de tamanho continental.

Todavia, com o advento da Constituição de 5 de outubro de 1988, tem-se a unificação, em âmbito nacional, do salário-mínimo e a vedação de sua vinculação para qualquer fim. *In verbis*:

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 (...).*⁵

De tal sorte, a questão problema do presente ensaio perpassa determinar qual é a base de cálculo do adicional de insalubridade, em face da Constituição de 1988, posto a não recepção parcial do art. 192 da CLT, no que tange ao salário-mínimo regional.

Em decorrência do presente problema, diversas proposições com o fito de responder à questão apresentaram-se: a) a base de cálculo seria o salário-mínimo; b) a base de cálculo seria a remuneração do empregado; c) a base de cálculo seria o salário-base do empregado; d) a base de cálculo seria o valor do salário-mínimo em vigor no ano da publicação da Súmula Vinculante nº 4.

Em face do exposto, a pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico e adotando técnica de pesquisa bibliográfica, em que

⁴ Grifos nossos.

⁵ Grifos nossos.

se visita à legislação, a doutrina e a jurisprudência, tem por desiderato analisar a controvérsia que gira em torno da base de cálculo do adicional de insalubridade, tendo em vista a formação de diversas correntes.

2 Supremo Tribunal Federal e o RE nº 565.714/SP – primeira corrente

Com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, tem-se a unificação do salário-mínimo, em nível nacional.⁶ Isso acarreta a não recepção⁷ integral do art. 192 da CLT por incompatibilidade material, posto a prescrição do salário-mínimo regional.

CLT	Constituição
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.	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;

Em uma análise apriorística, a questão da base de cálculo do adicional de insalubridade fica resolvida, posto que resta substituir o antigo salário-mínimo regional pelo salário-mínimo nacionalmente unificado.

Contudo, a parte final do art. 7º, IV da Constituição traz uma inovação significativa: “(...) sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”, ou seja, o Constituinte originário buscou proibir que o salário-mínimo fosse utilizado como um indexador econômico, de sorte que isso evitasse que o seu aumento fosse um “gatilho” que

⁶ A unificação teve o desiderato de acabar com as disparidades quanto ao salário-mínimo regional. Isso acarretava um eventual deslocamento de trabalhadores para as regiões com salário-mínimo regional mais elevados, afetando o processo de desenvolvimento local (cf. CANOTILHO; LEONCY; STRECK, 2013, p. 563-564).

⁷ “Recepção é o ato através do qual uma nova Constituição recebe, aceita, mantém a validade das leis infraconstitucionais anteriores com ela compatíveis. Quando uma Constituição é substituída por outra, não se faz necessário reescrever toda a legislação infraconstitucional (até porque tal tarefa seria impossível). Por essa razão, as leis anteriores à Constituição permanecerão válidas e vigentes, por força do fenômeno ora em estudo” (MARTINS, 2020, p. 364).

acarretasse, necessariamente, o aumento do preço de bens e serviços e, consequentemente, impedisse o aumento do poder e compra do salário-mínimo.

O uso do salário-mínimo como indexador acarretaria uma pressão pelo seu não reajuste, o que acarretaria a não implementação da política salarial nos termos do art. 7º, IV da CF/88.

A questão não era pacífica no bojo da jurisprudência do STF, havendo, todavia, diversos julgados no sentido da interpretação antes explicitada, ou seja, a vedação constitucional à vinculação do salário-mínimo tinha em escopo relações contratuais privadas. Assim, seria possível a vinculação no âmbito interno do Direito do Trabalho, o que permitiria o seu uso como base de cálculo para o adicional de insalubridade.

Seguem ementas de decisões do STF, do final da década de 1990 para o começo do século XXI, que retratam esse posicionamento na jurisprudência da corte:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - REGÊNCIA - CARTA POLÍTICA DA REPÚBLICA X LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA. O adicional de insalubridade tem parâmetros fixados não na Carta Política da República, mas na legislação ordinária, no caso, na própria Consolidação das Leis do Trabalho e em portaria editada pelo Ministério competente - do Trabalho. Daí não se poder empolgar a via excepcional do extraordinário para discutir-se a configuração, ou não, de ambiente nocivo à saúde do prestador dos serviços. SALÁRIO-MÍNIMO - VINCULAÇÃO PROIBIDA. A teor do disposto no inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal, tem-se como proibida a adoção do salário-mínimo como unidade monetária, ou seja, visando à adoção de fator de indexação. Longe fica de configurar preceito contrário à Carta o que revela o salário-mínimo como base de incidência da percentagem alusiva ao adicional de insalubridade. Exsurge com relevância maior a interpretação teleológica, buscando-se o real objetivo da Norma Maior.

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE: SALÁRIO-MÍNIMO. C.F., art. 7º, IV. I. - O que a Constituição veda, no art. 7º, IV, é a utilização do salário-mínimo para servir, por exemplo, como fator de indexação. O salário-mínimo pode ser utilizado como base de incidência da percentagem do adicional de insalubridade. Precedentes do STF: Ags. 169.269 (AgRg)-MG e 179.844 (AgRg)-MG, Galvão, 1ª Turma; Ags. 177.959 (AgRg)-MG, Marco Aurélio, 2ª Turma e RE 230.528 (AgRg)-MG, Velloso, 2ª Turma. II. - Agravo não provido.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO-MÍNIMO. ART. 7º, IV DA CF/88.

1. O art. 7º, IV da Constituição proíbe tão-somente o emprego do salário-mínimo como indexador, sendo legítima a sua utilização como base de cálculo do adicional de insalubridade. 2. Precedentes. 3. Recurso extraordinário conhecido e improvido.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. FIXAÇÃO EM PERCENTUAL DO SALÁRIO-MÍNIMO. POSSIBILIDADE. O Supremo firmou entendimento no sentido de que o artigo 7º, IV, da Constituição do Brasil veda apenas o emprego do salário-mínimo como indexador, sendo legítima a sua utilização como base de cálculo do adicional de insalubridade [Precedentes: AI n. 444.412-AgR, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 19.9.03; RE n. 340.275, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 22.10.04]. Agravo regimental a que se nega provimento.

Essa interpretação construída pelo STF é de cunho lógico e plausível, posto que o salário-mínimo é, inevitavelmente, no âmbito do Direito do Trabalho, vinculativo, pois quando ocorre o seu aumento com o fito de atender às necessidades básicas do trabalhador e de sua família, esculpido constitucionalmente, e preservar seu poder aquisitivo, o salário-mínimo afeta diretamente o cálculo, por exemplo, da hora extra, do um terço de férias, do valor destinado ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), o adicional noturno.

É ululante que a parte final do art. 7º, IV, da Constituição não deveria ser impeditivo do cálculo do adicional de insalubridade.

Reforça-se que o tólos do Constituinte originário era evitar o uso do salário-mínimo como indexador econômico.

Destaca-se que no seio do Tribunal Superior do Trabalho (TST) formou-se uma orientação jurisprudencial da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1), em 1996, afirmando que o salário-mínimo seria a base de cálculo do adicional de insalubridade, após a Constituição de 1988:

OJ nº 02 da SBDI-1

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. MESMO NA VI-
GÊNCIA DA CF/1988: SALÁRIO-MÍNIMO.

Todavia, em uma virada copernicana, no Recurso Extraordinário nº 565.714, julgado em 11 de dezembro de 2007, o STF entendeu pela vedação da vinculação ao salário-mínimo em qualquer circunstância, conseqüentemente, afetando o entendimento do salário-mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade.

O caso concreto que ensejou o RE nº 565.714/SP constitui em uma ação dos policiais militares de São Paulo que se insurgiram contra o art. 3º da Lei Complementar paulista nº 432/85, que prescrevia que a base de cálculo do adicional de insalubridade pago a servidor ou funcionário público seria de 2 salários-mínimos.

O pedido feito da peça exordial da ação ordinária fora que a base de cálculo do adicional de insalubridade recaísse sobre o valor da remuneração total percebida pelo policial militar.

A questão fora ventilada no seio do STF para aferir se o art. 3º Lei Complementar paulista nº 432/85 fora ou não recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em específico quanto à sua adequação ao regramento constitucional contido no art. 7º, IV.

Ao final, entendeu-se pela não recepção do parágrafo primeiro do referido dispositivo, que determina o reajustamento do adicional sempre que ocorrer a alteração do salário-mínimo, por clara contrariedade à parte final do art. 7º, IV da Constituição. Todavia, qual seria a base de cálculo do adicional de insalubridade, posto que a declaração de não recepção não poderia acarretar a extinção do adicional para os recorridos (policiais militares)?

Firmou-se, também, que a Constituição Federal não determinou parâmetro para a base de cálculo do adicional de insalubridade, de sorte que não poderia concatenar com o pedido de reconhecer a remuneração ou o vencimento dos servidores ou funcionários públicos, visto que, se assim o fizesse, o STF estaria atuando como legislador positivo.

De sorte que, com o fito de não prejudicar os servidores policiais militares de São Paulo, entendeu-se em manter o direito à percepção do adicional de insalubridade com base de cálculo referente a dois salários-mínimos enquanto não sobrevesse lei fixando nova base de cálculo, a qual viesse a ser compatível aos ditames constitucionais, visto que decisão outra iria acarretar um verdadeiro estado de “injustiça” em decorrência da redução salarial dos servidores.

Adotou-se, em verdade, na situação retro, a técnica de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade ou seja, modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Melhor dizendo: modulação de efeitos na declaração de não recepção da lei.

In verbis a ementa do julgado:

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.

Em decorrência do referido julgado, tem-se a confecção 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.

3 TST e a Súmula nº 228 – segunda corrente

Com o advento da Súmula Vinculante nº 4 do STF, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) ganhou nova redação determinando que a base de cálculo do adicional de insalubridade não era mais salário-mínimo, mas sim o salário base percebido pelo empregado:

Súmula nº 228 do TST

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008) - Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008.

A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado *sobre o salário básico*, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

Essencialmente, o que fez o TST foi recorrer da analogia, o qual se constitui em instrumento de autointegração para suprir lacunas do sistema jurídico, deixado pela ausência de um dispositivo legal. Essa modalidade de colmatação das lacunas jurídicas está prevista no art. 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito brasileiro:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a *analogia*, os costumes e os princípios gerais de direito.

De forma específica, a analogia constitui-se na aplicação do conteúdo normativo de uma lei a um fato não regulamentado (tem-se um vácuo legislativo em relação a esse fato), o qual é semelhante a um fato já regrado em lei.

A isonomia jurídica é o pilar fundante da analogia que segue a seguinte parêmia: *ubi eadem ratio legis ibi eadem legis dispositio* [se a razão da lei é a mesma, idêntica há de ser a solução]. Tem-se na analogia o corolário do princípio da equidade.

A aplicação da analogia, segundo Carlos Maximiliano, depende da presença de três requisitos basilares:

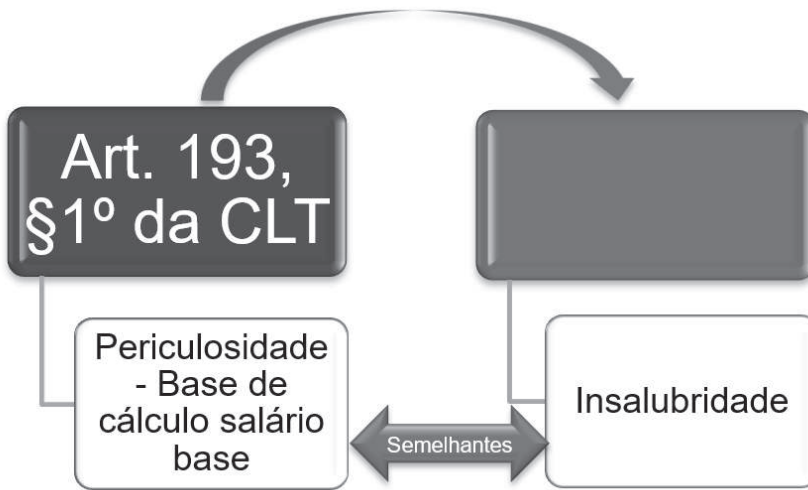
Pressupõe: 1^o) uma hipótese não prevista, senão se trataria apenas de interpretação extensiva; 2^o) a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; 3^o) este elemento não pode ser qualquer, e, sim, essencial, fundamental, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo. Não bastam afinidades aparentes, semelhança formal; exige-se a real, verdadeira igualdade sob um ou mais aspectos, consistente no fato de se encontrar, num e noutro caso, o mesmo princípio básico e de ser uma só a ideia geradora tanto da regra existente como da que se busca. A hipótese nova e que se compara com ela, precisam assemelhar-se na essência e nos efeitos; é mister existir em ambas a mesma razão de decidir. Evitem-se as semelhanças aparentes, sobre pontos secundários (2). O processo é perfeito, em sua relatividade, quando a frase jurídica existente e a que da mesma se infere deparam como entrosadas as mesmas ideias fundamentais (3):

No caso em tela, o TST fez analogia com a base de cálculo prescrita em relação ao adicional de periculosidade (art. 193, §1^o da CLT), o qual é em relação ao salário base.

Perceba-se que, com a não recepção parcial do art. 192 da CLT, somando com a prescrição da Súmula Vinculante nº 4 do STF, está-se diante de uma hipótese não prevista (base de cálculo da insalubridade). No dispositivo seguinte (art. 193 da CLT), tem-se a previsão da base de cálculo (o salário base) de um outro adicional (periculosidade), extremamente semelhante.

Afira-se que a ideia geradora dos respectivos adicionais é a mesma, ou seja, tem-se uma forma de compensação financeira pela exposição nociva do trabalhador a um ambiente de trabalho em decorrência de um determinado risco ocupacional.

Têm-se aqui todos os requisitos ensejadores do instituto da analogia, como explicitado alhures pela doutrina do professor Carlos Maximiliano.



Fonte: Elaboração dos autores.

Entende-se que se trata de um raciocínio jurídico acertado, e que oferta uma base de cálculo mais equânime ao trabalhador. Todavia, em decorrência da decisão proferida pelo Plenário do TST, que editou a Resolução nº 148/2008 e, consequentemente, deu nova redação ao Verbete Sumular nº 228, tem-se a interposição da Reclamação Constitucional nº 6.266/DF, pela Confederação Nacional da Indústria, apontando que a referida súmula do TST macula a parte final da Súmula Vinculante nº 4 do STF – “(...) , nem ser substituído por decisão judicial” –, que determina que o parâmetro da base de cálculo do adicional de insalubridade não pode ser fixado por interpretação de tribunal.

A referida reclamação fora julgada procedente, em decisão monocrática do ministro Ricardo Lewandowski, por afronta ao teor da Súmula Vinculante nº 4 do STF.

Assim se pronunciou o ministro Lewandowski:

(...)

Como se vê, é defeso ao Poder Judiciário estabelecer novos parâmetros para base de cálculo do adicional de insalubridade.

Nesse passo, como bem observou o Ministro Gilmar Mendes, ao proferir a decisão liminar que suspendeu a aplicação da Súmula 228 do TST, na parte em que permitia a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade,

“[...] no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante nº 4 (RE 565.714/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Sessão de 30.4.2008 - Informativo nº 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” (grifei).

(...)

Portanto, mostra-se inafastável a conclusão de que a *decisão proferida pelo Plenário do TST, que editou a Resolução 148/2008 e deu nova redação à Súmula 228 daquela Corte, ao estipular o cálculo do adicional de insalubridade devido com base no salário profissional, contrariou o entendimento firmado por esta Corte a respeito da aplicação do enunciado da Súmula Vinculante 4.*

Isso posto, com base na jurisprudência firmada nesta Corte (art. 161, parágrafo único, do RISTF), *julgo procedente esta reclamação para cassar a Súmula 228 do TST, apenas e tão somente na parte em que estipulou o salário básico do trabalhador como base de cálculo do adicional de insalubridade devido.*⁸

De tal sorte, a referida Súmula nº 228 do TST, encontra-se, hoje, com sua eficácia suspensa (Resolução nº 185/2012 – publicada no *Diário de Justiça Eletrônico* em 25, 26 e 27 de setembro de 2012), visto a necessidade de obediência ao teor normativo da Súmula Vinculante nº 4 do STF.

4 O art. 7º, XXIII da Constituição Federal – terceira corrente

Em meio a esse grande imbróglio jurídico, uma terceira tese⁹ vem por defender que a base de cálculo do adicional de insalubridade seria a remuneração. Tal ilação se extrairia da redação do art. 7º, XXIII da Constituição Federal. *In verbis*:

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

(...)

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

(...).¹⁰

⁸ Grifos nossos.

⁹ O presente posicionamento fora atribuído como terceiro, no presente artigo, para fins meramente de redação. Ele não indica uma ordem cronológica de criação.

¹⁰ Grifos nossos.

A presente tese fora ventilada no bojo do já citado RE nº 565.714/SP, no qual se defendia que a base de cálculo do adicional de insalubridade dos policiais militares de São Paulo deveria incidir sobre a remuneração do servidor.

Lembrar que a remuneração¹¹ constitui uma obrigação de dar correspondente ao conjunto de prestações percebidas habitualmente pelo empregado,¹² ou seja, ela tem o escopo de gênero, enquanto o salário e a gorjeta seriam espécies de remuneração.¹³

De tal sorte, a corrente em tela é muitíssimo mais favorável que a anterior, pois a base de cálculo do adicional de insalubridade não se restringiria a apenas ao salário base, mas a todo o conjunto de prestações percebidas habitualmente.

Como visto alhures no RE nº 565.714/SP, esse entendimento fora rechaçado pelo STF, ao fazer uma interpretação gramatical na qual a expressão “adicional de remuneração” do art. 7º, XXIII, deve ser interpretada como o adicional que compõe a remuneração (que pode ser o da insalubridade, penosidade ou periculosidade).

Se a remuneração fosse a base de cálculo, o Constituinte originário deveria ter redigido adicional sobre a remuneração.¹⁴

In verbis, o item 3 da ementa do RE nº 565.714/SP:

¹¹ “Vários nomes são empregados para se referir ao pagamento feito pelo que recebe a prestação de serviços e por aquele que os presta. Usa-se a palavra vencimentos para denominar a remuneração dos professores, magistrados e funcionários públicos. Vencimento é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei (art. 40 da Lei nº 8.112/90); ultimamente, tem sido empregada a palavra subsídios para designar a remuneração dos magistrados (art. 95, 1II, da Constituição). Subsídio era pagamento feito a quem exercia cargo eletivo; 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 físico. Proventos é a palavra empregada para estabelecer o recebimento dos aposentados ou de funcionários públicos aposentados. (...)” (MARTINS, 2020, p. 375-376).

¹² Cf. MARTINS, 2020, p. 376-377.

¹³ CLT: “Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.”

¹⁴ Esse também é o entendimento da doutrina, como a do professor Sérgio Pinto Martins, Homero Batista Mateus da Silva e Gustavo Filipe Barbosa Garcia. Cf. MARTINS, 2020, p. 415.

“(...) O fato de o Constituinte ter usado a expressão “adicional de remuneração” não resolve em nada o problema da base de cálculo e da alíquota, porque tudo foi relegado para ‘a forma da lei’, um hábito constante da Constituição Federal de 1988 e que representa a não aplicação automática do dispositivo. (...)” (SILVA, 2017, p. 150).

“Cabe esclarecer que o art. 7.º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988, na realidade, utilizou a expressão ‘remuneração’ no seu sentido mais genérico de recebimento, ganho, ou seja, com o nítido enfoque de remunerar a atividade insalubre. O referido dispositivo não tratou da base de cálculo do referido adicional, não se referindo à ‘remuneração’ em sentido técnico, tal como prevista no art. 457, caput, da CLT” (GARCIA, 2020, p. 405).

(...)

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.*¹⁵

(...).¹⁶

Destaca-se, ainda, orientação jurisprudencial nº 02 da Subseção Especializada em Dissídios Individuais - II do TST refratário ao uso da remuneração como base de cálculo do adicional de insalubridade:

OJ nº 02 da SBDI-2

AÇÃO RESCISÓRIA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO-MÍNIMO. CABÍVEL (mantida a redação na sessão do Tribunal Pleno realizada em 26.06.2008) – Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008

Viola o art. 192 da CLT decisão que acolhe pedido de adicional de insalubridade com base na remuneração do empregado.

Em síntese, não se pode fazer uso da remuneração como base de cálculo do adicional de insalubridade por inexistência de base legal para tanto.¹⁷

Na dimensão doutrinária, a corrente que vislumbra a remuneração como base de cálculo do adicional de insalubridade é defendida por Carlos Bezerra Leite:

No pertinente à incidência do adicional de insalubridade, perfilhámos o entendimento segundo o qual, após 05.10.1988, a sua base de cálculo seria a remuneração (totalidade das percepções econômicas do empregado) e não mais o salário-mínimo. É que o art. 192 da CLT, interpretado conforme a Constituição (art. 72, XXIII), teria sido recepcionado apenas no que toca ao percentual (10, 20 ou 40%), mas a sua incidência deveria ser, sempre, a remuneração, e não

¹⁵ BRASIL, 2008.

¹⁶ Grifos nossos.

¹⁷ Cf. MARTINS, 2020, p. 415.

mais o salário-mínimo. Frise-se que a lei – quanto mais a *Lex Legum* – não contém palavras inúteis.¹⁸

5 Uma interpretação da Súmula Vinculante nº 4 do STF – quarta corrente

Em decorrência da Súmula Vinculante nº 4 do STF, chegou-se a ponto de interpretar que, tendo em vista a proibição do uso do salário-mínimo como indexador, a solução seria a o congelamento do salário-mínimo de 2008, o qual era de R\$415,00, como parâmetro para o cálculo do adicional de insalubridade, até o advento da lei ordinária que assim o fixasse.

Sobre a questão, explicita o professor Homero Batista:

(...). Houve, contudo, certa acomodação de forças, em que o STF hesitou em declarar a não recepção do art. 192, e, com base em voto exarado em acórdão paradigmático, chegou a ser proposta solução de se manter o salário-mínimo congelado nos padrões de abril de 2008 – da ordem de R\$415,00 – enquanto nova legislação não vier. Assim também já se encontram acórdãos do TST, como que afirmando, de maneira constrangida, que o salário-mínimo não é a melhor solução, mas é a que temos no presente momento. De certa forma, a situação ficou pior para os trabalhadores do que antes de se provocar o STF, pois pelo menos havia o reajuste do salário-mínimo e, agora, o valor é o salário-mínimo petrificado. Dentro da sucessão de equívocos e recuos que houve na matéria, o TST, por sua vez, chegou a entender que a Súmula Vinculante 4 somente valeria para servidores públicos – embora seu texto diga expressamente empregados – e, então, reformulou o entendimento para expandir a base de cálculo para o salário contratual do trabalhador. Foi dada nova redação à Súmula 228 do TST, em franco desafio à Súmula Vinculante 4, para dizer que, exceto os servidores públicos, os demais empregados tinham ampliada a base de cálculo do adicional de insalubridade para o salário contratual. Essa posição, porém, esbarra no fato de que a Súmula Vinculante, como o próprio nome está a afirmar, não comporta variações ou questionamentos por parte das instâncias inferiores. (...).¹⁹

Não há dúvidas de que se está diante de uma interpretação que piora sensivelmente a situação já periclitante do trabalhador. Se o parâmetro do salário-mínimo fica muito aquém do desejado, agora, com o valor congelado nos idos de 2008,

¹⁸ LEITE, 2020, p. 525.

¹⁹ SILVA, 2017, p. 152-153.

ter-se-ia um adicional de cunho meramente simbólico, o qual em nada contribuiria para o direito fundamental social à proteção do meio ambiente laboral sadio.

Lembrar que, já passado quase 13 anos da publicação do acórdão do RE nº 565.714/SP, o legislador permanece omissos quanto à fixação da base de cálculo do adicional de insalubridade.

6 Considerações finais

Em decorrência da Súmula Vinculante nº 4 do STF, publicada em 2008, o salário-mínimo não pode ser usado como base de cálculo do adicional de insalubridade, bem como não se pode ser fixado uma nova base de cálculo por decisão judicial.

Todavia, para não acarretar uma situação de completo desamparo ao trabalhador, em face da decisão tomada no RE nº 565.714/SP, em que se utilizou da técnica de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, continua-se a utilizar o salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade até que sobrevenha lei definidora da base de cálculo. É ainda possível que acordo ou convenção coletiva venha a definir base de cálculo mais benéfica.²⁰

Se não fosse o teor vinculativo da súmula retro, a analogia feita pelo TST no verbete da Súmula nº 228 poderia resolver a questão, pelo menos temporariamente e de forma mais vantajosa ao trabalhador; em face da não recepção parcial do art. 192 da CLT, com o advento da Constituição de 1988, socorrer-se-ia da analogia em relação à base de cálculo do adicional de periculosidade (art. 193, §1º da CLT).

Todo esse contexto peculiar, para se dizer o mínimo, decorre da omissão do legislador em fixar a base de cálculo do adicional de insalubridade por via de lei, o que ensejaria o fim de qualquer controvérsia.

Lembrar que, após a decisão do RE nº 565.714/SP, a apatia e a indiferença do legislador subsistem de forma escandalosa, posto o transcorrer de mais de uma década de conduta omissiva quanto à fixação de um importante adicional para o trabalhador.

Destaca-se, ainda, que apesar da grande reforma trabalhista, ocorrida em 2017, através da Lei nº 13.477, o dispositivo do art. 192 da CLT encontra-se irretocável.²¹

²⁰ Cf. GARCIA, 2020, p. 244.

²¹ São situações como essa em que indagamos: a Reforma Trabalhista fora destinada a atender os anseios de quem? Aparenta, em verdade, que ocorre um processo que rompe com o processo histórico de tutela do trabalhador.

Concordamos com a doutrina majoritária que vislumbra que a Constituição Federal não fixou base de cálculo do adicional de insalubridade, de sorte que não se coaduna com a corrente que propugna a remuneração como base de cálculo com fundamento no art. 7º, XXIII, da Constituição Federal.

Recomendamos, a título de *lege ferenda*, que a base de cálculo do adicional de insalubridade, que atenderia melhor à noção de justiça para com o trabalhador, seria o valor total da remuneração, visto ser o instituto que representa a devida contraprestação pelo serviço prestado pelo trabalhador, configurando-se, assim, como uma melhor base de cálculo, a devida percepção do adicional de insalubridade.

Além disso, a manutenção de uma base de cálculo irrisória, como é o salário-mínimo, não incentiva o processo de redução dos riscos inerentes ao trabalho. Tem-se, em verdade, a mercancia da saúde do trabalhador.²²

Da forma como permanece a situação da base de cálculo do adicional de insalubridade, é muito mais cômodo e barato ao empregador continuar a monetizar o desgaste da saúde do empregado com um valor pífio do que tomar medidas efetivas para redução e neutralização de todo e qualquer risco no meio ambiente de trabalho.

In the Search of the Calculation Base for the Insalubrity Additional

Abstract: The research in question, making use of a qualitative analysis methodology and of hypothetical-deductive approach methods of descriptive and analytical character, and by adopting the bibliographic research technique, in which one visits the legislation, the doctrine and the jurisprudence, aims to analyze the great controversy that revolves around the basis for calculating the unhealthy premium, and some theses on the subject have been generated. It is argued that the fairest calculation basis on which the unhealthy premium should fall should be based on remuneration. The current understanding, which has binding force, is that the minimum wage constitutes the basis for calculating the unhealthy allowance, until a contrary law or a more beneficial collective norm comes up.

Keywords: Additional Insalubrity. Calculation Basis. Precedents of the Supreme Federal Court.

Referências

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTR, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: atualizada até a Emenda Constitucional nº 109. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 19 maio 2021.

²² Cf. BARROS, 2017, p. 694.

- BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 09 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 19 maio 2021.
- BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 09 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 19 maio 2021.
- BRASIL. Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977. Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo à segurança e medicina do trabalho e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 23 dez. 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6514.htm#art1. Acesso em: 19 maio 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal (2. Turma). AI 177959 AgR. Relator: Min. Rel. Marco Aurélio, 04 de março de 1997. *DJe*: Brasília, DF, 23 maio 1997.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal (2. Turma). AI 638.100 AgR. Relator: Min. Eros Grau, 22 de maio de 2007. *DJe*: Brasília, DF, 14 jun. 2007.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal (2. Turma). RE 230.688 AgR. Relator: Min. Calos Velloso, 18 de junho de 2002. *DJe*: Brasília, DF, 02 ago. 2002.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal (Pleno). RE 565.714/SP. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 30 de abril de 2008. *DJe*: Brasília, DF, 08 ago. 2008.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. RE 340.275. Relatora: Min. Ellen Gracie, 28 set. 2004. *DJe*: Brasília, DF, 22 out. 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; MENDES, Gilmar Ferreira; Sarlet, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CORREIA, Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Curso de Direito Ambiental*. 6. ed. São Paulo: RT, 2013.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de Direito do Trabalho*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Meio ambiente do trabalho – direito, segurança e saúde no trabalho*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. 6. ed. São Paulo: Cengage, 2013.
- MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RÃO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2005.

ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEITER, Tiago. *Direito Ambiental – introdução, fundamentos e teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho aplicado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017. (Saúde e segurança do trabalho, v. 3).

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; NELSON, Isabel Cristina Amaral de Sousa Rosso. Em busca da base de cálculo do adicional de insalubridade. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 51-70, jul./set. 2021.
