

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - RECEPÇÃO DA PARTE FINAL DO ART. 192, DA CLT, PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Cleber Lúcio de Almeida*

I - A norma ordinária encontra seu fundamento de validade na Constituição Federal, com a qual deve estar em perfeita sintonia.

Por tal razão, promulgada uma Constituição, cumpre verificar a compatibilidade da norma ordinária com a ordem constitucional inaugurada.

Compatíveis a norma ordinária e a nova ordem constitucional, diz-se que aquela foi recepcionada por esta.

II - Promulgada a Constituição Federal de 1988, foi questionada a recepção da parte final do art. 192, da CLT.

O questionamento se deve ao fato de que, enquanto o art. 192, da CLT, na sua parte final, define como base de cálculo do adicional de insalubridade o salário-mínimo, a Constituição Federal de 1988, no art. 7º, inciso IV, proíbe sua vinculação “para qualquer fim”.

III - No TST prevaleceu a tese da recepção do art. 192, da CLT, pela Constituição (Orientação Jurisprudencial n. 02, da SDI).

IV - O tema chegou ao STF, onde se constata a existência de duas correntes de pensamento, uma admitindo e outra negando a recepção do art. 192, da CLT, pela Constituição.

Para os defensores da primeira linha de pensamento:

“A teor do disposto no inciso IV do art. 7º da Constituição Federal, tem-se como proibida a adoção do salário-mínimo como unidade monetária, ou seja, visando a 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.” (STF, AGRAG 177959/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 23.05.91, p. 21731 e Ementário 1870, p. 546)

Negando a recepção, decidiu o STF que:

“Adicional de insalubridade - Vinculação ao salário-mínimo, estabelecida pelas instâncias ordinárias, que contraria o disposto no art. 7º, IV, da Constituição Federal.” (STF, RE 236.396-5, Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 20.11.98)

Também no julgamento dos recursos extraordinários n. 209.968-MG, 222.643-MG e 228.458-MG, nos quais funcionou como Relator o Ministro Moreira Alves, a recepção foi negada.

* Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 3ª Região - Mestrando em Direito do Trabalho na PUC/SP.

V - Em que pese o respeito que merecem os que professam entendimento contrário, parece inegável a incompatibilidade entre a parte final do art. 192, da CLT, e o art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal, porquanto a utilização, no segundo, da expressão "para qualquer fim" permite afirmar que a intenção do constituinte foi afastar, de forma definitiva, a possibilidade de vinculação do salário-mínimo a preços e ganhos auferidos pelos trabalhadores, exceto quando expressamente autorizada na própria Constituição (art. 203, inciso IV).

Assim, a vedação constitucional, conforme sugere a referida expressão, também alcança as parcelas remuneratórias devidas ao empregado durante o pacto laboral, dentre as quais o adicional de insalubridade.

Caso contrário, um trabalhador que recebesse salário fixado em convenção coletiva - que atende às condições específicas de sua categoria profissional - e adicional de insalubridade seria beneficiado com aumento em sua remuneração toda vez que o salário-mínimo fosse alterado, ou seja, a vedação constitucional não alcançaria sua finalidade, posto que todos os trabalhadores na situação mencionada teriam seus ganhos diretamente vinculados ao salário-mínimo.

VI - O art. 192, da CLT, é incompatível ainda com o art. 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal, uma vez que:

1 - assegurando ao trabalhador o recebimento de adicional de remuneração pelo labor em condições insalubres, o art. 7º, inciso XXIII, da Constituição, impede tenha o adicional como base de cálculo o salário-mínimo.

Não se confundindo remuneração e salário-mínimo (é o que autoriza afirmar o art. 457, da CLT), a alusão àquela demonstra opção por nova base de cálculo do adicional de insalubridade.

2 - o inciso XXIII, do art. 7º, deve ser interpretado em sintonia com o art. 6º (que assegura ao trabalhador o direito à saúde) e com os incisos XXII e XVIII, do art. 7º (que garantem ao trabalhador o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho e o recebimento de seguro de vida e indenização, no caso de acidente de trabalho), dos quais se infere maior preocupação com a saúde do trabalhador.

A acentuada preocupação do constituinte com a saúde do trabalhador também autoriza concluir que foi abandonada a base de cálculo do adicional de insalubridade até então observada.

3 - sendo o valor social do trabalho humano fundamento da República (art. 1º, inciso IV) e da ordem econômica (art. 170, *caput*), todas as normas constitucionais e infraconstitucionais devem ser interpretadas levando em conta a necessidade de maior proteção ao trabalhador.

A efetiva proteção somente será alcançada quando ao empregador for imposta a obrigação de remunerar de forma mais significativa o labor em condições insalubres, uma vez que, quem é melhor remunerado, com mais riqueza se alimenta e, com isso, adquire mais resistência às agressões à sua saúde e o empregador - a quem for exigido maior dispêndio com o pagamento do adicional - certamente procurará eliminar ou neutralizar os agentes insalubres, protegendo então a saúde dos seus empregados.

4 - no confronto entre o art. 7º, inciso XXIII e o art. 192, da CLT, deve o primeiro prevalecer, em face da supremacia da Carta Magna sobre a lei ordinária e diante da constatação de que estabelece condição mais benéfica ao trabalhador (como dito, o maior ganho financeiro e a melhor proteção, decorrente da preocupação do empregador com maior custo da mão-de-obra, constituem benefícios à saúde do trabalhador).

A prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador, vale registrar, constitui princípio expressamente adotado pela Constituição Federal, consoante se infere do *caput* do art. 7º.

VII - Não tendo sido o art. 192, da CLT, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, qual deve ser a base de cálculo do adicional de insalubridade?

Dois são as possibilidades de solução para a questão:

a) utilizar como paradigma a previsão constante do art. 193, § 1º, da CLT, estabelecendo ser o percentual do adicional aplicado sobre o salário do trabalhador, "... sem acréscimo resultante de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa".

O adicional de insalubridade teria como base de cálculo, por consequência, o salário contratual do trabalhador, seja livremente pactuado pelas partes, seja estabelecido em acordo ou convenção coletiva, seja fixado em sentença normativa.

Não vislumbramos dificuldade na eleição do salário contratual como base de cálculo do adicional de insalubridade, principalmente porque não se justifica tratar de forma diferente verbas (adicional de insalubridade e de periculosidade) que têm a mesma finalidade, qual seja, compensar o labor em condições que coloquem em risco a vida e a saúde do trabalhador.

Ademais, o próprio legislador, ao tratar do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, estabeleceu que o adicional de insalubridade deveria incidir sobre o vencimento do cargo efetivo, sem outros acréscimos (art. 40, 41 e 68, da Lei n. 8.112/90).

O legislador prestigiou, em manifestação posterior à Constituição de 1988, o critério adotado no art. 193, da CLT, tornando lícito utilizá-lo para definir a base do adicional de insalubridade devido ao celetista ao afirmar que foi definitivamente abandonado aquele estabelecido no art. 192, da CLT.

Registre-se, ainda, que nada justifica reverter ao servidor público adicional superior ao devido ao trabalhador celetista, uma vez que ambos têm o mesmo fato gerador - o labor em condições insalubres - e que a saúde daquele não é mais valiosa ou digna de maior proteção do que a deste.

Adotando referido critério, decidiu o TRT da 3ª Região que:

"Adicional de insalubridade - Base de cálculo - Com o advento da Constituição Federal de 88, a base de cálculo do adicional de insalubridade passou a ser a remuneração do trabalhador e não mais o salário-mínimo. A simples leitura do art. 7º, XXIII, revela a intenção do legislador constituinte de ressarcir o empregado mais condignamente pela perda, pelo menos potencial, da saúde, a exemplo do que o direito positivo há muito previa quanto ao adicional de periculosidade, sempre pago com base no salário contratual." (TRT da 3ª Região, RO 04437/92, Rel. Juiz Antônio Álvares da Silva, DJMG de 16.03.93, p. 79)

Também o TST já decidiu que:

“A disposição contida no art. 7º, inc. IV, parte final, da CF, importa na revogação expressa do art. 192, da CLT, onde este determina a observância do salário-mínimo, de que cogita o art. 76, da CLT, como base de cálculo para o adicional de insalubridade. Suplantação, portanto, também do entendimento jurisprudencial contido no E-228 do TST. Deve-se, assim, observar o piso salarial de uma determinada categoria, que em princípio é o “salário-mínimo” que o integrante daquela atividade profissional deve receber como contraprestação mínima pelo seu labor, como a base de cálculo do adicional, com apoio no preceituado pelo art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal.” (TST, RR 21.379/91.0, Rel. Min. Norberto Silveira de Souza, DJU de 11.11.91, p. 16.968)

b) recusada a solução acima, resta afirmar ser a remuneração total do trabalhador a base de cálculo do adicional de insalubridade.

Esta opção tem em seu favor o fato de estabelecer condição mais favorável ao trabalhador, sendo, portanto, autorizada pelo art. 7º, *caput*, da Constituição Federal.

Por outro lado, como a redução dos riscos inerentes ao trabalho constitui direito do trabalhador (art. 7º, inciso XXII), ao optar pela maior base de cálculo, o Poder Judiciário estaria contribuindo para a efetividade do referido direito e cumprindo o disposto nos arts. 1º, inciso IV, e 170, *caput*, da Constituição, posto que proteger a saúde do trabalhador é tornar concreto o valor social do trabalho humano.

Parece-nos, no entanto, que deve ser obedecida a escala de valores definida pelo legislador ordinário. É que para o legislador ordinário - e não se vislumbra na Constituição posição diferente - a vida do trabalhador é mais valiosa do que sua saúde, conforme resulta da fixação da base de cálculo dos adicionais de periculosidade e insalubridade.

Não é lícito então deferir ao trabalhador adicional de insalubridade superior ao de periculosidade, a não ser quando o labor em condições insalubres se dê em nível tal que justifique a aplicação do percentual mais elevado (40%), garantindo ao trabalhador compensação diferenciada, situação permitida pelo próprio legislador, porquanto da redação dos arts. 192 e 193, da CLT, resulta que sendo o salário contratual igual ao mínimo, o adicional de insalubridade pode ser maior do que o de periculosidade, se apurada a insalubridade em grau máximo. Referida situação é possível ainda por força do que dispõe o § 2º, do art. 193, da CLT.

Ademais, como dito acima, não se justifica diferenciação na base de cálculo do adicional devido ao trabalhador celetista e ao servidor público, devendo ser prestigiado, por conseguinte, o critério definido na Lei n. 8.112/90.

A base de cálculo do adicional de insalubridade, portanto, deve ser a mesma do adicional de periculosidade.

Vale mencionar que o critério em exame foi prestigiado pelo TRT da 15ª Região, que já decidiu:

“Adicional de insalubridade - Incidência do percentual na sobrejornada. A Constituição Federal estatui adicional de remuneração, para as hipóteses de penosidade, insalubridade e periculosidade. Além disso, a mesma proíbe,

expressamente, a vinculação do salário-mínimo para qualquer fim. Portanto o adicional de insalubridade deve incidir também sobre todo o ganho extraordinário, uma vez que o conceito de remuneração abrange não só o salário pago pelo empregador, mas também gorjetas.” (TRT da 15ª Região, RO 12904/91-7, Rel. Juiz Carlos Alberto Moreira Xavier, DJSP de 19.05.93, p. 114)

VIII - Não se argumente que a incompatibilidade entre a CLT e a Constituição impede o deferimento do adicional de insalubridade por falta de definição de sua base de cálculo.

Primeiro, porque a Constituição, no seu art. 7º, inciso IV, já fixou a nova base de cálculo do adicional, qual seja, a remuneração do obreiro, restando decidir apenas entre a contratual e a total por ele recebida.

Segundo, porque, consoante bem anota Norberto Bobbio:

“Quando se diz que o juiz *deve* aplicar a Lei, diz-se, em outras palavras, que a atividade do juiz está limitada pela Lei, no sentido de que o conteúdo da sentença deve corresponder ao conteúdo de uma lei.” (*Teoria do Ordenamento Jurídico*, 8ª ed., Editora da Universidade de Brasília, 1996, p. 56)

Nada impede, então, que o juiz profira decisão que corresponda ao “conteúdo de uma lei”, estabelecendo a base de cálculo do adicional de insalubridade com esteio no art. 193, § 1º, da CLT.

Terceiro, porque, diante de eventual omissão do legislador, constitui dever do juiz afastá-la pelos meios colocados à sua disposição pelo próprio legislador (arts. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, 8º, da CLT, e 126, do CPC).

O juiz, portanto, tem o dever de procurar no sistema jurídico a solução para o litígio que lhe é submetido.

E a solução, como procuramos demonstrar, encontra-se na adoção do critério estabelecido no art. 193, § 1º, da CLT.

Ademais, negar o direito ao recebimento do adicional seria desconsiderar, por completo, o firme propósito de defesa da saúde do trabalhador, que se encontra na Constituição Federal de 1988, e que “A cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação. *Interpretar* a Constituição é ainda *realizar* a Constituição.” (MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 260)

VIII - Em face do exposto, conclui-se que a partir da Constituição Federal de 1988 a base de incidência dos percentuais do adicional de insalubridade deve ser o salário contratual do trabalhador.

IX - Bibliografia.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 8ª ed., Editora da Universidade de Brasília, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1996.