

FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

FERNANDA APARECIDA MEDEIROS ROCHA

**(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE
INSALUBRIDADE**

BACHARELADO
EM
DIREITO

CARATINGA – MG
2018

FERNANDA APARECIDA MEDEIROS ROCHA

**(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE
INSALUBRIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Caratinga, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito do Trabalho.

Professor Orientador: Msc. Ivan Barbosa Martins

CARATINGA - MG

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado
IN)Constitucionalidade da base de cálculo do adicional de insalubridade, elaborado pelo Fernanda
Aparecida Medeiros Rocha foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita
pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da
obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

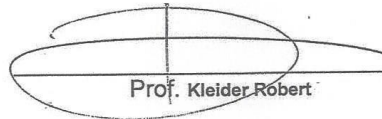
Caratinga 10 de DEZEMBRO 2018.



Prof. Ivan Barbosa Martins



Prof. Neuber Teixeira dos Reis



Prof. Kleider Robert

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por sempre estar ao meu lado, por me mostrar que sou capaz de conquistar tudo aquilo que almejo, e que posso sempre confiar que Ele estará aqui comigo em todos os meus projetos. Aos meus pais Fernando e Magali e ao meu irmão Expedito por todo incentivo e confiança em mim e no meu futuro, por me fazerem lutar por todos os meus sonhos, e por todas as orações incessantes. Ao meu noivo Lucas Gabriel por todo cuidado, amor, e carinho durante esse tempo, por acreditar no meu potencial e por me alegrar nos momentos de desespero, sempre me dizendo que tudo no final daria certo. A minha amiga Sarah que ao longo destes anos foi se tornando mais importante na minha vida, sendo um presente maravilhoso que a faculdade me deu. Ao meu orientador por toda paciência e por todo conhecimento que me foi passado. E por fim, obrigada a todos meus amigos e familiares pelo companheirismo, por torcerem e orarem por mim.

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, também aos meus pais Fernando e Magali, ao meu irmão Expedito, e ao meu noivo Lucas Gabriel, que sempre estiveram me auxiliando nesta caminhada.

"Digno é o trabalhador do seu salário"
(Lucas 10:7)

RESUMO

A presente monografia tem como finalidade, estudar o adicional de insalubridade. Este adicional é devido quando o serviço é prestado pelo empregado em condições insalubres. O estudo a ser desenvolvido possibilitará um maior conhecimento a respeito da situação dos empregados que em seu ambiente de trabalho, estão sujeitos a condições prejudiciais à sua saúde. O foco desta pesquisa será à base de cálculo para este adicional, que diferentemente do adicional de periculosidade, é calculado sobre o salário mínimo, podendo ser de 10%, 20%, 40%, o que vai depender do nível da insalubridade. Desse modo, o objetivo será analisar a constitucionalidade da base de cálculo do referido adicional, apresentando assim, a possibilidade de utilização de base de cálculo diversa do salário mínimo para o adicional de insalubridade, buscando uma melhor solução, que priorize os direitos dos trabalhadores.

Palavras-chave: Insalubridade; Adicionais; Base de cálculo; Inconstitucionalidade.

LISTA DE ABREVIATURAS

CLT- Consolidações das Leis do Trabalho

TST- Tribunal Superior do Trabalho

STF- Supremo Tribunal Federal

MTE- Ministério do Trabalho e Emprego

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	11
CAPÍTULO I-SALÁRIO E REMUNERAÇÃO	13
1.1-Salário	13
1.2-Remuneração	17
CAPÍTULO II-DOS ADICIONAIS	20
2.1-Adicional de periculosidade	23
2.2-Adicional de penosidade	25
2.3-Adicional de insalubridade	27
CAPÍTULO III- DA INCONSTITUCIONALIDADE DA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE	30
3.1-Do meio ambiente insalubre	30
3.2-Da base de cálculo do adicional de insalubridade	32
3.3-Salário mínimo na Constituição Federal de 1988.....	32
3.4-Divergência entre a súmula vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal e a Súmula nº 228 do Tribunal Superior do Trabalho	34
3.5-Da utilização do salário contratual como base de cálculo do adicional de insalubridade	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
REFERÊNCIAS	42

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema a “(In) constitucionalidade da base de cálculo do adicional de insalubridade”, e como objetivo a análise da constitucionalidade da utilização do salário mínimo como indexador do adicional de insalubridade, como determina o art. 192, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - Decreto-Lei nº 5.452/1943. Desse modo, levanta-se como problema a possível inconstitucionalidade da base de cálculo do referido adicional, frente a vedação constitucional existente no que diz respeito a vinculação do salário mínimo para qualquer fim.

Este trabalho possui o método de pesquisa teórico-dogmático, tendo em vista que será desenvolvida com base na legislação e na doutrina, buscando desse modo, uma solução ao problema jurídico proposto. O estudo se revela interdisciplinar pois aborda discussões envolvendo Direito Constitucional e Direito do Trabalho.

Como marco teórico da monografia em epígrafe, têm-se as ideias sustentadas pelo autor Sebastião Geraldo de Oliveira, em seu livro “Proteção Jurídica a Saúde do Trabalhador” onde aduz:

Entendemos, porém, 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, por dois fundamentos constitucionais. Primeiramente, porque o art. 7º, IV, da Constituição de 1988 veda a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim. [...]. Em segundo lugar pelo que estabelece o art. 7º, XXIII, da Constituição quando trata dessa vantagem e menciona expressamente “adicional de remuneração”.¹

A partir de então, encontra-se a confirmação da hipótese de que a Constituição Federal veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Desse modo, o art. 192 da CLT, que determina que a base de cálculo para o adicional de insalubridade é o salário é inconstitucional. Sendo assim, para que haja um maior respeito aos direitos dos trabalhadores que se submetem a condições insalubres de serviço, deve ser utilizada uma outra base de cálculo para este adicional que não seja o salário mínimo. Posto isso, por analogia deve se aplicar a mesma base de cálculo do adicional de periculosidade, sendo esta o salário básico do trabalhador.

Neste sentido o trabalho será dividido em três capítulos: o primeiro capítulo será voltado para o entendimento sobre salário e remuneração, seus conceitos e a

¹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Proteção Jurídica á Saúde do Trabalhador. 6ª ed. São Paulo: LTR,2011, p. 429.

divergência entre ambos. Já o segundo capítulo será direcionado ao estudo de alguns adicionais, sendo estes: periculosidade, insalubridade e penosidade.

Por fim, no terceiro capítulo haverá uma ênfase ao adicional de insalubridade, uma análise mais aprofundada da base de cálculo do mesmo e de sua constitucionalidade, além do estudo de duas súmulas relevantes para o tema proposto: a Súmula nº 228 do Tribunal Superior do Trabalho e Súmula Vinculante nº 4 do STF.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Todo empregado deve possuir condições dignas para seu trabalho, de forma que sua saúde não seja prejudicada pela prestação de seus serviços. Dito isto, vale ressaltar que em alguns casos, o empregado se submete a situações desfavoráveis ao seu bem-estar, por não haver outra forma de realizar sua função. Entretanto, nesta hipótese, surge a necessidade do recebimento de um adicional na remuneração do mesmo.

Tendo em vista a importância do estudo sobre o adicional de insalubridade, torna-se necessária a análise de alguns conceitos relevantes, para que haja um melhor entendimento do tema proposto. Neste sentido, devem ser considerados os conceitos de “adicionais”, “insalubridade”, e “inconstitucionalidade”, que serão expostos a seguir.

Neste sentido, Maurício Godinho Delgado, define os adicionais como “parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas”.²

A grande base desta pesquisa é o adicional de insalubridade, que é um adicional pago ao trabalhador como forma de compensar por períodos de trabalho exposto a agentes nocivos, que podem ser prejudiciais a saúde do mesmo.³ Tal vantagem se encontra prevista na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - Decreto-Lei nº 5.452/1943, em seu artigo 189, que estabelece quais atividades podem ser classificadas como insalubres.

Adotou-se como ponto central deste trabalho, o estudo da base de cálculo do referido adicional, ou seja, o valor sobre o qual será indexado o adicional, que como fora citado anteriormente, é o salário mínimo. Todavia, é imperioso mencionar que a Constituição Federal de 1988 em seu art. 7, IV, veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Neste sentido o referido artigo preleciona:

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,

² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002.p. 857

³ BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 27/08/2018. Arts. 189/192.

lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.⁴

Desse modo, importa ressaltar que quando uma lei viola preceito da Constituição, ela deve ser considerada materialmente inconstitucional, conforme aduz Pedro Lenza: “[...] aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional por vício material.”⁵ Sendo assim, deve ser declarada a inconstitucionalidade material da base de cálculo do adicional de insalubridade.

⁴BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 21/09/2018.

⁵ LENZA, Pedro. OAB Primeira Fase Esquematizado. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 43.

1. SALÁRIO E REMUNERAÇÃO

O primeiro capítulo deste trabalho tem como objetivo falar sobre salário e remuneração, sendo estes componentes de um dos requisitos essenciais para se caracterizar uma relação de emprego: a onerosidade. Dessa forma, cumpre destacar que ambos os conceitos não são sinônimos em todos os casos, como será explicitado a seguir.

1.1 SALÁRIO

Este primeiro tópico da pesquisa é de grande relevância, pois se refere ao conceito de salário, suas espécies, as parcelas que o compõe, facilitando assim o entendimento sobre o tema proposto. Neste íterim, segundo Maurício Godinho: “Salário é o conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho”.⁶ Neste mesmo sentido, Vólia Bomfim Cassar conceitua salário como:

[...] toda contraprestação ou vantagem em pecúnia ou em utilidade devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado, em virtude do contrato de trabalho. É o pagamento direto feito pelo empregador ao empregado pelos serviços prestados, pelo tempo à disposição ou quando a lei assim determinar (aviso prévio não trabalhado, 15 primeiros dias da doença etc.). Pode ser fixo ou variável. Salário fixo é a contraprestação garantida e invariável, salvo faltas e atrasos do empregado. Salário variável ou aleatório é aquele submetido a uma condição, normalmente à produção do trabalhador. Sua expressão monetária é diferente mês a mês.⁷

Desse modo, conclui-se que o salário não é composto por uma única parcela e sim por um conjunto de verbas de caráter contraprestativo, sendo o mesmo, a parcela central que é devida ao trabalhador.

O salário possui algumas características importantes, tais como: caráter alimentar; indisponibilidade; irredutibilidade; intangibilidade; periodicidade. O caráter alimentar está ligado à necessidade do mesmo atender as necessidades essenciais do indivíduo que o recebe, inclusive é importante lembrar que não é possível penhora-lo.

⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo : LTr, 2017. P. 799

⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 11.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense 2015. P. 749.

A indisponibilidade se refere ao fato de o empregado não poder renunciá-lo. A irredutibilidade define que o empregador não pode reduzi-lo, salvo por acordo ou convenção coletiva.⁸

A intangibilidade salarial determina que o salário é intocável. Por possuir natureza alimentar, o empregador não pode promover descontos no salário do empregado, salvo nas hipóteses previstas no art. 462, CLT, ou quando resultar de adiantamento.⁹

A periodicidade se encontra prevista no art. 459 da CLT que preleciona: “O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações.”¹⁰

Posto isso, importa salientar que existem algumas espécies de salário, que seriam na realidade algumas denominações que utilizam este termo. Dentre essas espécies algumas merecem destaque, tais como: salário mínimo; salário profissional; salário básico; salário condição, salário utilidade.¹¹

O salário mínimo é o menor valor que pode ser pago ao trabalhador que se encontre em uma relação de emprego.¹² O seu valor é atualizado frequentemente, e o mesmo se encontra previsto na Constituição Federal em seu art. 7º, IV. O conceito desta espécie de salário pode ser encontrado no art. 76 das Consolidações das Leis do Trabalho, que aduz:

Salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer, em determinada época e região do País, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.¹³

⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo : LTr, 2017. P.830

⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo : LTr, 2017. P.830

¹⁰ BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 07/09/2018. Art. 459.

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo : LTr, 2017. P. 808.

¹² DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo : LTr, 2017. P. 808.

¹³ BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 07/09/2018. Art. 76.

No que diz respeito ao salário profissional, este se define como o valor mínimo que deve ser pago a alguns profissionais especificados em lei.¹⁴ Com relação ao salário básico, Maurício Godinho Delgado diz o seguinte:

Comparece ao Direito do Trabalho ainda a expressão salário básico (ou salário-base), frequentemente referida pela jurisprudência (Súmula 191, por exemplo). Por esse epíteto 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.).¹⁵

Sendo assim, o salário básico, é o valor pago ao empregado, não somando a este outras parcelas tais como as gratificações, adicionais, entre outros. Ainda com relação aos exemplos de salário tem-se o salário condição, que segundo Sérgio Pinto Martins:

[...] é o pagamento feito pelo empregador ao empregado, em decorrência do contrato de trabalho, dependente do estabelecimento de condições específicas que devem ser cumpridas pelo obreiro. Representa um acréscimo ao salário incondicionado. Tem o salário-condição natureza salarial, pois decorre de condição estabelecida pelo empregador para seu pagamento.¹⁶

É importante lembrar que o salário condição não pode ser considerado como uma indenização, pelo simples fato de o mesmo não se tratar de uma compensação por um prejuízo causado ao trabalhador.

Dentro deste assunto, torna-se necessário destacar o salário utilidade, que, resumidamente, é tudo aquilo que não é pago em dinheiro, pecúnia, e sim, em utilidades. Dito isso, de acordo com Vólia Bomfim Cassar:

Para que uma utilidade fornecida pelo empregador tenha natureza salarial necessária é sua concessão de forma habitual (adota-se o critério temporal, ou seja, a utilidade tem que ser concedida durante a metade ou mais da metade do período), gratuita para o empregado e que seja fornecida PELOS serviços prestados (e não PARA a realização dos serviços), isto é, como forma de contraprestação destes. Também tem que ser benéfica ao trabalhador e, ainda, não pode ter lei em contrário.¹⁷

Neste contexto as utilidades que podem integrar o salário do obreiro encontram-se previstas no Art 458, da CLT, que preleciona:

¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo : LTr, 2017. P. 808.

¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo : LTr, 2017. P. 809.

¹⁶ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 26. ed. São Paulo : Atlas, 2010. P. 249.

¹⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 11.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense 2015. P. 759.

Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.¹⁸

Entretanto, a CLT determina limites quanto ao pagamento em utilidades, ou seja, ela veda que o empregado receba 100% (cem por cento) de seu salário em utilidades. Assim, o Art. 82, parágrafo único, CLT expressa: "O salário mínimo pago em dinheiro não será inferior a 30% (trinta por cento) do salário mínimo fixado para a região, zona ou subzona."¹⁹ Entende-se portanto, que apenas 70% do salário pode ser pago em utilidades.

Por fim, ainda sobre o salário utilidade, cumpre destacar o que se encontra previsto no art. 458, § 1º, CLT, com relação aos valores correspondentes às utilidades: "Os valores atribuídos às prestações "in natura" deverão ser justos e razoáveis, não podendo exceder, em cada caso, os dos percentuais das parcelas componentes do salário-mínimo (arts. 81 e 82)."²⁰

Dando continuidade a essa pesquisa e conceituadas as espécies mais relevantes para este estudo, torna-se indispensável a análise das parcelas que podem compor o salário. De início, como fora demonstrado até aqui, a parcela salarial paga ao obreiro em função da relação de emprego não se limita a verba fixa principal que lhe é paga mensalmente pelo empregador.²¹

As parcelas podem ser classificadas em tipificadas, ou seja, que possuem previsão legal, sendo estas: o salário básico; os adicionais; as gratificações habituais, inclusive o 13º salário; as comissões tipificadas.²² Também existem as parcelas não tipificadas, que surgem pela criatividade privada, como por exemplo o bônus.

¹⁸ BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 07/09/2018. Art. 458.

¹⁹ BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 07/09/2018. Art. 82, p.º.

²⁰ BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 07/09/2018. Art. 458, §1º.

²¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo : LTr, 2017. P. 811.

²² DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo : LTr, 2017. P. 812.

Desse modo, é possível notar que são inúmeras verbas que compõem o salário do empregado, porém, o objetivo deste estudo é falar sobre uma delas, os adicionais, que são vantagens pagas pelo empregador (de forma compulsória) ao trabalhador para indenizar o mesmo, pelas condições em que ele trabalha. Os principais adicionais existentes são: noturno; horas extras; periculosidade; insalubridade; penosidade; e transferência.²³ Entretanto este trabalho tem como foco apenas um deles, o adicional de insalubridade.

Pontuadas as principais informações relacionadas a salário, passa-se agora, a análise da remuneração, e suas principais características.

1.2 REMUNERAÇÃO

Alguns doutrinadores utilizam o termo remuneração como sinônimo de salário, e pode-se dizer que em alguns casos essa aplicação é válida. No entanto, é fundamental o estudo sobre a remuneração e os casos em que a mesma não se resume ao salário do obreiro.

Dito isto, De acordo com Sérgio Pinto Martins remuneração é:

[...] o conjunto de prestações recebidas habitualmente pelo empregado pela prestação de serviços, seja em dinheiro ou em utilidades, provenientes do empregador ou de terceiros, mas decorrentes do contrato de trabalho, de modo a satisfazer suas necessidades básicas e de sua família. ²⁴

Neste mesmo diapasão, Vólia Bomfim Cassar conceitua remuneração como: “[...] a soma do pagamento direto com o pagamento indireto, este último entendido como toda contraprestação paga por terceiros ao trabalhador, em virtude de um contrato de trabalho que este mantém com seu empregador.”²⁵ Desse modo, entende-se que a remuneração é mais abrangente que o salário, pois a mesma engloba tanto as verbas pagas pelo empregador quanto as verbas concebidas por terceiros, sendo esta a gorjeta.

²³ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 07/09/2018. Art. 225, XXIII: “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.”

²⁴ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 26. ed. São Paulo : Atlas, 2010. P. 227.

²⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 11.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense 2015. P. 751.

Com relação a este assunto o art 457, CLT define que: “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”.²⁶ Sendo assim, a remuneração pode ser definida como a junção do salário pago pelo empregador e a gorjeta recebida pelo trabalhador.

Para um melhor entendimento do assunto, a gorjeta, de acordo com Vólia Bomfim: “é uma gratificação paga pelo terceiro (e não pelo empregador) ao empregado, em virtude do serviço que é prestado durante seu expediente de trabalho.”²⁷ Sobre esta é importante destacar o que se encontra previsto no art. 457, § 6º. Este artigo determina que, quando a empresa possui regime de tributação diferenciado, ela pode reter 20% da arrecadação correspondente. Entretanto, quando a empresa não esta inscrita neste regime ela pode reter 33% do que for arrecadado.

Ainda no mesmo artigo, porém, em seus parágrafos 7º, 8º, 9º, o legislador definiu que a gorjeta também pode ser entregue diretamente ao empregado (§ 7º) e que o valor médio correspondente as gorjetas dos últimos 12 meses deve ser anotado na CTPS do obreiro (8º). Sendo assim, se o empregador cobrar a gorjeta por mais de 12 meses, e deixar de cobrá-la posteriormente, a mesma será integrada ao salário do empregado (§9º).²⁸

Desse modo, cumpre destacar que segundo a Súmula 354, do Tribunal Superior do Trabalho²⁹, existem quatro verbas sobre as quais não incidirá a gorjeta, sendo elas: Aviso Prévio; Repouso Semanal Remunerado; Horas Extras e Adicional Noturno.

Seguindo por este raciocínio, o art. 457, § 11º, CLT fala sobre a fiscalização das gorjetas, dizendo que:

²⁶ BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 07/09/2018. Art. 457.

²⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 11.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense 2015. P. 751

²⁸ BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 07/09/2018.

²⁹ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 354. GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003: “As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.” Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-354> Acesso em: 24/09/2018.

Para empresas com mais de sessenta empregados, será constituída comissão de empregados, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta de que trata o § 3º deste artigo, cujos representantes serão eleitos em assembleia geral convocada para esse fim pelo sindicato laboral e gozarão de garantia de emprego vinculada ao desempenho das funções para que foram eleitos, e, para as demais empresas, será constituída comissão intersindical para o referido fim.³⁰

Importa salientar que o empregador que não respeitar as regras previstas no art. 457, §§ 6º, 7º e 9º, citadas anteriormente, deverá pagar uma multa no valor de 1/30 da média da gorjeta por dia de atraso.

Assim, finda-se esse tópico da pesquisa onde demonstrou-se os conceitos de salário e remuneração as principais verbas que os compõem, e suas principais divergências.

³⁰ BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/lei5452.htm>>. Acesso em: 07/09/2018.

2. DOS ADICIONAIS

Os adicionais são indenizações pagas pelo empregador aos trabalhadores como forma de compensar o trabalho exercido sob condições consideradas como prejudiciais a saúde do mesmo, como por exemplo, a exposição a agentes nocivos a saúde, a falta de Equipamentos de Proteção Individual quando necessários, o trabalho realizado no horário noturno, o trabalho em condições perigosas, a prestação de serviço além do horário previsto para a jornada do obreiro, entre outros. O pagamento do adicional é feito compulsoriamente pelo patrão, ou seja, ele tem a obrigação de pagá-lo sempre que for constatado a necessidade do mesmo.

Neste sentido, para Maurício Godinho Delgado os adicionais:

Consistem em parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas. Tais parcelas salariais sempre terão caráter suplementar com respeito à parcela salarial principal recebida pelo empregado, jamais assumindo (ao contrário das comissões, por exemplo) posição central na remuneração obreira.³¹

Isto posto, entende-se que o adicional só será pago quando essas condições negativas não puderem ser evitadas. Seguindo o mesmo raciocínio, Sérgio Pinto define os adicionais como:

O adicional tem sentido de alguma coisa que se acrescenta. Do ponto de vista trabalhista, é um acréscimo salarial decorrente da prestação de serviços do empregado em condições mais gravosas. Pode ser dividido em adicional de horas extras, noturno, de insalubridade, de periculosidade, de transferência.³²

Como se pode observar, os conceitos trazidos pelos autores citados anteriormente, deixam bem claro os adicionais se dão por motivos diferentes, mas em todos eles o trabalhador recebe o adicional por trabalhar em alguma condição degradante.

Nessa lógica, é importante ressaltar o que determina Vólia Bomfim sobre o recebimento destas verbas: “São devidos apenas enquanto perdurar a situação. Cessada a causa da nocividade, cessa a obrigação legal do empregador em pagar o respectivo adicional. Entretanto, enquanto pago, integra (é somado) ao salário, em

³¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 16. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 2017. P.857.

³² MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. P.250.

face de sua natureza salarial.”³³, ou seja, mesmo que o empregado receba este adicional por muito tempo, cessada a situação que o gerou o mesmo deixa de recebê-lo.

Dito isto, conclui-se que é um dever do patrão a proteção do meio ambiente de trabalho de forma que reduza os riscos na prestação de serviços, preservando assim, a saúde física e psicológica do empregado. Porém quando as atividades exercidas pelo trabalhador resultarem na sua exposição a situações ou condições prejudiciais a sua integridade física, surge a necessidade do pagamento dos adicionais, de forma indenizatória.

Existem vários tipos de adicionais, sendo os principais: o noturno; de horas extras; periculosidade; insalubridade; penosidade; e transferência. Porém, neste capítulo, serão estudados de forma mais aprofundada apenas três, os adicionais de periculosidade, penosidade e insalubridade.

Contudo, para que haja um melhor entendimento dos demais adicionais supracitados, mesmo que superficialmente, faz-se necessária a conceituação dos mesmos. Assim sendo, tem-se como adicional noturno, de acordo com Sérgio Pinto aquele que:

[...] é devido ao empregado urbano que trabalhar no período entre 22 e 5 horas. O trabalhador rural terá direito ao adicional no período de 21 horas de um dia às 5 horas do dia seguinte, na lavoura; entre as 20 horas de um dia às 4 horas do dia seguinte, na pecuária (art. 7- da Lei nº 5.889/73). O advogado terá direito ao adicional noturno no período das 20 às 5 horas (§ 32 do art. 20 da Lei nº 8.906/94).³⁴

Desse modo, nota-se que no horário noturno do urbano, cada hora de serviço equivale a 52´30´´(cinquenta e dois minutos e 30 segundos), o que é conhecido como hora ficta. Já o trabalhador rural tem seu horário noturno definido pela atividade praticada pelo mesmo, sendo estas a pecuária ou a lavoura. Sobre este adicional Vólia Bomfim diz que:

O trabalho noturno tem remuneração superior ao diurno independentemente da atividade do empregador, se noturna, diurna ou mista e da atividade do empregado, se em turnos de revezamento ou não, pois há muito o art. 73 da CLT está derogado (Súmulas nos 213 e 313 do STF). A Súmula nº 130 do TST (cancelada) também previa que o regime de revezamento não exclui o direito ao adicional noturno. A hora noturna é reduzida e ficticiamente computada como de 52´30´´ (cinquenta e dois minutos e trinta

³³ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 11.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense 2015. P. 807

³⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 252

segundos) para algumas categorias. Explica-se esta benesse legal porque o trabalho noturno contraria o relógio biológico do ser humano e inverte-se ao costume da sociedade que, na sua maioria, trabalha de dia e descansa à noite. Também prejudica o convívio familiar e traz dificuldades ao trabalhador noturno de locomoção casa-trabalho-casa e para alimentação, pois à noite os transportes públicos se tornam irregulares e as casas de alimentação encerram suas atividades nos centros de trabalho mais cedo.³⁵

Ao analisar este entendimento, fica visivelmente destacada a diminuição da horas que ocorre ficticiamente, no que diz respeito ao empregado urbano que trabalha em horários noturnos, pois, como fora citado anteriormente, uma hora não equivale a sessenta minutos neste caso.

Por conseguinte, tratando-se do adicional de hora extra, Vólia Bomfim o define como aquele que:

[...] é devido quando o empregado labora além da jornada legal ou contratual. Também é devido quando não é concedido o intervalo intrajornada ou intervalo entre jornadas (Súmula nº 110 do TST). O tempo à disposição também pode ser considerado como trabalho extra e, se assim o for, terá o acréscimo de 50% (art. 4º da CLT)³⁶.

Dessa forma, entende-se por hora extra aquela que for trabalhada além da jornada determinada para o empregado. Essa hora será paga no valor da hora normal com o acréscimo de 50%, em regra.

Nesse seguimento, a título de curiosidade, o art.71, §4º da CLT³⁷, prevê uma situação diferente em que pode ser devido este adicional. Isso ocorrerá quando o intervalo para repouso e alimentação não for concedido, e nesse caso, o empregador deverá pagar o período correspondente como hora extra, salvo quando o obreiro compensar as horas trabalhadas saindo mais cedo no final do expediente, pois se o fizer, ele não receberá o valor de uma hora normal de serviço acrescido de 50%, e sim, apenas os 50% sobre a hora suprimida.³⁸

Dando continuidade, o adicional de transferência é aquele que será pago quando o empregado for transferido de forma provisória para outra localidade. Por esse motivo, o empregado receberá 25% de adicional. Segundo Vólia Bomfim, o adicional de transferência:

³⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: Método, 2015. P. 800.

³⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: Método, 2015. P. 802.

³⁷ BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 08/10/2018.

³⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: Método, 2015. P. 669.

É devido apenas e enquanto perdurar a transferência do empregado para localidade diversa daquela contratada e desenvolvida, desde que importe necessariamente em mudança de domicílio e de localidade. Entende-se por transferência a determinada no art. 469 da CLT, isto é, quando de iniciativa do empregador, seja ela unilateral ou bilateral, desde que importe necessariamente em mudança de domicílio e de localidade. Se for a pedido do empregado, será um caso de remoção, não sendo devido o respectivo adicional.³⁹

Posto isso entende-se que quando a transferência do empregado for definitiva, o mesmo não terá direito à esta bonificação.

Por fim, conceituadas as demais espécies de adicionais, passa-se agora a análise dos adicionais de periculosidade, penosidade e insalubridade.

2.1. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

O adicional de periculosidade é devido quando o trabalhador presta seus serviços em condições perigosas, ou seja, quando o mesmo, durante a realização de suas atividades ou operações, fica exposto permanentemente a inflamáveis, explosivos ou energia elétrica, roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. O valor do adicional pago é de 30% do salário do empregado, é o que preleciona o art. 193, CLT:

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

§ 1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.⁴⁰

Com a leitura deste artigo é possível concluir quais são as atividades ou operações sob as quais incide o referido adicional, a porcentagem que será utilizada para o cálculo deste e sua base de cálculo, que é o salário básico. Dando

³⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: Método, 2015. Pág. 819.

⁴⁰ BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 08/10/2018.

continuidade a análise deste artigo, é necessário destacar o que se encontra previsto em seus parágrafos segundo, terceiro e quarto:

§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.

§ 3º Serão descontados ou compensados do adicional outros da mesma natureza eventualmente já concedidos ao vigilante por meio de acordo coletivo.

§ 4º São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta.⁴¹

Dessa forma a lei prevê que quando devidos os adicionais de insalubridade e periculosidade de forma conjunta, o empregado pode optar pelo adicional de insalubridade. Do mesmo modo, quando o vigilante já recebe outros adicionais de mesma natureza pelo mesmo motivo que desencadeou o pagamento do adicional de periculosidade, o mesmo pode ser descontado ou compensado pelos demais. O legislador ainda destaca que o trabalhador em motocicleta também deve receber este adicional, pois sua atividade é considerada perigosa.

Assim, o doutrinador Sérgio Pinto enfatiza as motivações que são necessárias para que o trabalhador receba o adicional:

O adicional de periculosidade é devido ao empregado que presta serviços em contato permanente com elementos inflamáveis ou explosivos. O contato permanente tem sido entendido como diário. O adicional será de 30% sobre o salário do empregado, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa (§ 12 do art. 193 da CLT). A natureza do adicional de periculosidade é de salário, pois remunera o trabalho em condições perigosas e não de indenização. Adicional é espécie de salário.⁴²

Nesta perspectiva Vólia Bomfim ainda destaca alguns empregados que tem direito a este adicional, dizendo quando o mesmo será indevido ou devido. Segundo ela:

A exposição intermitente do trabalhador ao perigo também não afasta o pagamento integral do adicional de periculosidade (Súmula nº 364 do TST c/c Súmula nº 361 do TST). O adicional de periculosidade será indevido quando o contato com a atividade perigosa for eventual ou habitual, de forma extremamente reduzida. Nesse sentido a Súmula nº 364 do TST. Os trabalhadores rurais têm direito ao adicional de periculosidade desde que comprovadas a sua exposição a estas atividades. Os portuários (art. 14 da Lei nº 4.860/65) recebem o adicional de periculosidade proporcional ao tempo de exposição à atividade perigosa.⁴³

⁴¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 08/10/2018.

⁴² MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.279.

⁴³ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: Método, 2015. P. 813

A exposição intermitente citada pela autora, refere-se àquele trabalhador que não está exposto ao perigo de forma permanente, e de acordo com as Súmulas 364⁴⁴ e 361⁴⁵, TST, estes obreiros também recebem o adicional de forma integral.

2.2 ADICIONAL DE PENOSIDADE

O adicional de penosidade está previsto na Constituição Federal em seu art. 7º, XXIII. Apesar de sua previsão constitucional, não há até os dias atuais nenhuma norma infraconstitucional que trate o mesmo. Por esse motivo, ainda não se tem um método para determinar o que seriam condições penosas de serviço e nem o valor pago pelo trabalho nessas condições.

Diante disso, sabe-se que mesmo que o trabalho insalubre, penoso, não cause prejuízos imediatos ao empregado, isso pode ocorrer futuramente, como por exemplo o surgimento de doenças adquiridas devido a exposição à algumas substâncias ou situações, entre outros, tornando-se necessária esta indenização. Nesse contexto, entende-se por adicional de penosidade:

Aquele pago ao trabalhador a título de indenização, devido à realização de uma atividade penosa que causa pena, trabalho árduo, que embora não cause efetivos danos à saúde do trabalhador, possa tornar sua atividade profissional mais sofrida. O adicional de penosidade encontra-se previsto no artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição da República, o qual foi inserido juntamente com o adicional de insalubridade e periculosidade.⁴⁶

⁴⁴BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 364. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE (inserido o item II) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016

I - Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex-Ojs da SBDI-1 nºs 05 - inserida em 14.03.1994 - e 280 - DJ 11.08.2003)

II - Não é válida a cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho fixando o adicional de periculosidade em percentual inferior ao estabelecido em lei e proporcional ao tempo de exposição ao risco, pois tal parcela constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantida por norma de ordem pública (arts. 7º, XXII e XXIII, da CF e 193, §1º, da CLT)".Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-364>

Acesso em: 08/10/2018.

⁴⁵ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 361. “ ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ELETRICITÁRIOS. EXPOSIÇÃO INTERMITENTE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 O trabalho exercido em condições perigosas, embora de forma intermitente, dá direito ao empregado a receber o adicional de periculosidade de forma integral, porque a Lei nº 7.369, de 20.09.1985, não estabeleceu nenhuma proporcionalidade em relação ao seu pagamento. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-361>

Acesso em: 08/10/2018.

⁴⁶VIANNA, Selma de Moura Galdino. O adicional de penosidade. Disponível em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1970384/o-que-se-entende-por-adicional-de-penosidade-selma-de->

Como pode-se observar o trabalho penoso gera não somente um esgotamento físico, mas também psicológico, ambos resultantes de inúmeros fatores que o compõem. Ainda como complemento desta conceituação, Vólia Bomfim aduz que:

Quando for definida, a penosidade deverá apanhar situações que, mesmo sem o risco preciso que pode ser visto na insalubridade e na periculosidade, expõem o empregado a um risco de saúde, integridade física ou vida acima dos padrões normais de risco de simplesmente viver.⁴⁷

Entende-se então, a partir da análise de toda definição apresentada, que a penosidade se encontra em algumas atividades que quando exercidas geram danos físicos ou psicológicos, o que normalmente não devem ocorrer em nenhum emprego. Neste diapasão, sobre o trabalho penoso, Sebastião Geraldo de Oliveira preceitua que:

Os trabalhos insalubres e perigosos estão associados a determinados agentes agressivos que, normalmente, causam doenças ou acidentes. Entretanto, outras modalidades de trabalhos, sem acarretar diretamente doenças, provocam desgastes e até envelhecimento precoce, em razão da natureza do serviço, da forma de execução, do esforço requerido, da intensidade das tarefas, ou do seu caráter repugnante, incômodo ou desagradável. São denominados trabalhos penosos, nos quais o agente agressivo é o próprio serviço que se executa.⁴⁸

Como já foi dito anteriormente, não existe uma norma que regulamente esse adicional nos dias atuais para os trabalhadores urbanos e rurais. Nestes casos, a aplicabilidade do mesmo não se torna possível. Porém em alguns casos concretos isso pode ocorrer, devido à divergência de entendimentos sobre o assunto.

Nota-se aqui, a necessidade de regulamentação deste adicional, para que todos os obreiros que laboram em condições penosas o recebam, sem que haja nenhum argumento contrário a seu recebimento, baseado na falta de edição de uma lei.

No entanto, destaca-se que, ao se tratar dos servidores públicos, a Lei nº 8.112/90, em seu Art. 71, conceitua o trabalho penoso como: “O adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou

moura-galdino-vianna. Acesso em 08/10/2018.

⁴⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: Método, 2015. P. 818.

⁴⁸ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção a Saúde do Trabalhador. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento”.⁴⁹

Contudo, é importante frisar que este artigo não pode ser utilizado pelos demais trabalhadores por analogia. Com isso, conclui-se que a falta da criação dessa norma no caso em tela resulta em inúmeros entendimentos controversos que geram uma enorme insegurança jurídica aos trabalhadores.

2.3 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O adicional que será tratado agora é o mais relevante para essa pesquisa: o adicional de insalubridade. Por adicional de insalubridade entende-se aquele que será devido quando o trabalhador prestar seus serviços nas condições elencadas pelos arts. 189 e 190, CLT, as consideradas condições insalubres ou a exposição a agentes nocivos, com potencial para prejudicar a sua saúde de alguma forma. Desta maneira, prevê os arts. 189 e 190, 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.

Art. . 190 - O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.⁵⁰

Nestes artigos é possível notar que o legislador elencou o que seriam as condições insalubres e deixou claro que o Ministério do Trabalho que deve aprovar o quadro das atividades ou operações insalubres e a caracterização da insalubridade.

Ainda segundo Sebastião Geraldo de Oliveira trabalho insalubre: “é aquele exposto a agentes nocivos que podem afetar ou causar danos a saúde, provocar doenças, ou seja, é o trabalho não salubre, não saudável”.⁵¹ Entretanto, não basta que a perícia confirme a presença do agente nocivo para que o empregado receba o

⁴⁹ BRASIL, Lei nº 8.112 de 11 de novembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm> Acesso em: 08/10/2018.

⁵⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 08/10/2018.

⁵¹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 194.

adicional, como já foi dito anteriormente ele só será devido se a atividade estiver relacionada como tal pelo Ministério do Trabalho.

Dando continuidade, o art. 191 determina uma forma de neutralizar ou eliminar a insalubridade, excluindo assim a necessidade da compensação por adicional. Assim sendo, preleciona:

Art. . 191 - A eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá:
I - com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância;
II - com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância.
Parágrafo único - Caberá às Delegacias Regionais do Trabalho, comprovada a insalubridade, notificar as empresas, estipulando prazos para sua eliminação ou neutralização, na forma deste artigo.⁵²

Sobre este artigo, é importante lembrar que se a concessão de Equipamento de Proteção Individual eliminar ou neutralizar a nocividade, o empregado não terá mais direito ao adicional. A simples disponibilização não resultará na extinção do adicional de insalubridade, pois poderá haver apenas a redução do prejuízo causado e para que a extinção ocorra, o empregador deve tomar medidas que neutralizem ou eliminem da nocividade dos agentes.

Seguindo este raciocínio, o doutrinador Sérgio Pinto apresenta como se dá a caracterização do adicional de insalubridade, dizendo que:

Para a caracterização da insalubridade é preciso: (a) exposição a agentes nocivos à saúde do trabalhador; (b) que essa exposição seja acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição, pois se a exposição estiver nos limites de tolerância, não há direito ao adicional. A avaliação é feita de forma: (a) qualitativa: ruído, pressões hiperbáricas, vibrações, poeiras; (b) quantitativas: frio, umidade, agentes biológicos. Estabelecia o art. 6a do Decreto-lei nº 2.162, de P-5-1940, que “para os trabalhadores ocupados em operações consideradas insalubres, conforme se trate dos graus máximo, médio e mínimo, o acréscimo de remuneração, respeitada a proporcionalidade com o salário mínimo que vigorar para o trabalhador adulto local, será de 40%, 20% ou 10% respectivamente”.⁵³

Esta citação demonstra alguns aspectos importantes a serem observados na concessão deste adicional, alguns requisitos que devem ser preenchidos para que o mesmo ocorra.

⁵² BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/lei5452.htm>>. Acesso em: 08/10/2018.

⁵³ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.279.

Por fim, o art. 192, estabelece como será feito o cálculo 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 salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.⁵⁴

Com a leitura deste artigo verifica-se que a porcentagem paga é proporcional ao grau da insalubridade, e que além disso, a base de cálculo do referido adicional, diferentemente do adicional de periculosidade, não é o salário básico do empregado e sim o salário mínimo vigente.

⁵⁴BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 08/10/2018.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O terceiro e último capítulo deste trabalho, tem como objetivo tratar da base de cálculo do adicional de insalubridade, demonstrando argumentos que defendem sua inconstitucionalidade, apresentando assim, a hipótese de utilização do salário básico no lugar do salário mínimo para o cálculo deste adicional. Ainda é importante frisar que serão apontadas duas súmulas de extrema relevância para a discussão deste assunto, seus conteúdos e principais divergências.

3.1. DO MEIO AMBIENTE INSALUBRE

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 225⁵⁵ define que todo indivíduo tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, para que adquira uma melhor qualidade de vida. Este artigo se refere ao meio ambiente de uma forma geral, porém como preleciona Sebastião Geraldo de Oliveira:

O meio ambiente de trabalho está inserido no meio ambiente geral (art.200, VIII da Constituição da República), de modo que é impossível alcançar qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando o meio ambiente do trabalho. Nessa perspectiva, a Constituição de 1988 estabeleceu expressamente que a ordem econômica deve observar o princípio de defesa do meio ambiente (art. 170, VII).⁵⁶

Desse modo, pode-se concluir que se o empregado não possui ambientes salubres para a prestação de seus serviços, não há o que se falar em qualidade de vida para o mesmo, pois ele está colocando sua saúde e sua vida em risco durante o exercício do seu trabalho.

O meio ambiente insalubre é portanto, aquele que trás riscos ao trabalhador, devido aos agentes nocivos que atuam nele. No que se refere às condições que podem ser enquadradas no meio ambiente insalubre, cumpre destacar que a NR-

⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22/10/2018. 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.”

⁵⁶ Oliveira, Sebastião Geraldo de. Proteção a Saúde do Trabalhador. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 142

15⁵⁷ da Portaria n. 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego, determina quais são os agentes nocivos listados pelo MTE. Sobre essa portaria, Sebastião Geraldo diz que:

Os agentes insalubres considerados pelo Ministério do Trabalho e Emprego podem ser divididos em três conjuntos bem diferenciados: a) agentes físicos- ruído, calor, radiações, frio, pressões hiperbáricas, vibrações, e umidade; b) agentes químicos- poeiras, gases e vapores, névoas e fumos; c) agentes biológicos- micro-organismos, vírus e bactérias.⁵⁸

Posto isso, importa ressaltar que essa portaria, que sofre alterações de forma periódica, também aborda temas como o limite máximo de exposição diária à cada agente em específico, quais os aspectos que devem ser analisados nas perícias e como deve ser feita essa análise, entre outros.

Sobre o limite de tolerância a portaria diz o seguinte:

15.1.5 Entende-se por "Limite de Tolerância", para os fins desta Norma, a concentração ou intensidade máxima ou mínima, relacionada com a natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará dano à saúde do trabalhador, durante a sua vida laboral.⁵⁹

Pode-se dizer então que, cada agente nocivo terá um limite de tolerância diferente, podendo ser menor devido a sua prejudicialidade e por ser mais agressivo a saúde do trabalhador, ou maior por se tratar de algo menos ofensivo ao corpo humano. Como um exemplo disso tem-se o ruído contínuo ou intermitente, neste caso o tempo máximo de exposição é definido de acordo com a intensidade do som, quanto maior a intensidade, menor o tempo.

Conclui-se dessa forma que, em se tratando de um meio ambiente insalubre, não há um limite geral de exposição definido para qualquer agente nocivo que atue no mesmo, cada caso deve ser analisado de forma separada para se averiguar qual o limite de tolerância a ser aplicado para aquela atividade específica, e a partir de quanto tempo o adicional será devido ao empregado.

⁵⁷ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. PORTARIA Nº 3.214, DE 08 DE JUNHO DE 1978. Aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas a Segurança e Medicina do Trabalho. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/NRs/NR_15.html> Acesso em: 22/10/2018.

⁵⁸ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção a Saúde do Trabalhador. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 196/197.

⁵⁹ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. PORTARIA Nº 3.214, DE 08 DE JUNHO DE 1978. Aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas a Segurança e Medicina do Trabalho. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/NRs/NR_15.html> Acesso em: 22/10/2018.

3.2. DA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Como já dito anteriormente, a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário mínimo vigente. Este adicional será pago de acordo com o grau da insalubridade, sendo assim, paga-se 40% quando for de grau máximo, 20%, quando for de grau médio e 10% quando for de grau mínimo. Sobre este valor Sebastião Geraldo opina:

Especificamente no caso do adicional de insalubridade, o valor pago é tão reduzido que o empresário- na análise superficial de custo benefício- não tem incentivo econômico para adotar medidas de melhoria do ambiente laboral, uma vez que o desembolso é de apenas 10%, 20%, ou 40% do salário mínimo, conforme previsto no art. 192, CLT.⁶⁰

Dessa forma, a lei define que independente do salário contratual recebido pelo obreiro, se este trabalhar em condições insalubres, arriscando sua saúde e sua vida, ele receberá um adicional calculado sobre o salário mínimo, cujo valor é tão insignificante para o empregador, que o mesmo nem se sente pressionado a eliminar ou neutralizar os agentes nocivos, para dispensar o seu pagamento. A consequência disso é que o empregado continuará exposto a essas condições por necessitar do emprego, e não receberá o justo por isso.

3.3. SALÁRIO MÍNIMO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O salário mínimo é um direito fundamental do trabalhador previsto constitucionalmente, sendo este o menor salário que se pode pagar ao empregado, no mercado de trabalho do país. Sua previsão legal se encontra na Carta Magna, em seu art. 7º, IV, que diz o seguinte:

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.⁶¹

⁶⁰ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção Jurídica a Saúde do Trabalhador. 6ª ed. São Paulo: Ltr, 2011. p. 429.

⁶¹BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22/10/2018.

Porém, é importante dizer que a implantação do salário mínimo ocorreu em 1940 no Governo Vargas e não na atual Constituição, sendo lógicos os avanços ocorridos com o passar do tempo. Sobre essas alterações Mauricio Godinho diz que:

A Constituição, na verdade, trouxe alterações jurídicas importantes na figura do salário mínimo. Além de determinar sua fixação em lei, assegurou sua permanente unificação nacional (art. 7º). Com isso eliminou a antiga tradição de fixar-se o salário mínimo por decreto e em patamares diferentes segundo regiões e estados da federação.⁶²

Como dito pelo autor, anteriormente cada região fixava o valor de seu salário mínimo, o que não acontece mais, visto que atualmente o valor fixado anualmente será aplicado em todo país de forma igualitária. Entretanto é importante dizer que a lei estadual pode instituir piso salarial em seu estado desde que o valor estipulado seja superior ao mínimo legal.

Mauricio Godinho ainda fala de outras mudanças constantes no texto constitucional sobre o salário mínimo, sendo essas:

O Texto Máximo de 1988, de par com isso, vinculou o salário mínimo ao objetivo de ser “capaz de atender” (às) “necessidades vitais básicas” (do trabalhador) “e às de sua família” (art. 7º), em contraponto à CLT que falava apenas em “necessidades normais” exclusivamente do trabalhador (art. 76). Ampliou, ainda, significativamente, o rol de necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família a serem atendidas pelo salário mínimo legal, em comparação com a CLT (que se referia apenas a alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte).⁶³

Outro ponto de destaque para este estudo é que a Constituição Federal vedou a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, o que claramente foi desrespeitado pela CLT, em seu art. 192, quando determinou que o mesmo seria utilizado como base de cálculo do adicional de insalubridade. Sendo assim, o salário mínimo não pode ser utilizado como indexador de valores ou vantagens, sendo necessária uma substituição do mesmo, em virtude de expressa vedação constitucional.

⁶² DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo : LTr, 2017. p. 888.

⁶³ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo : LTr, 2017. p. 888.

3.4. DIVERGÊNCIA ENTRE A SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SÚMULA Nº 228 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Em se tratando do adicional de insalubridade, há uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a utilização do salário mínimo como base para seu cálculo. Neste contexto, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), editou a Súmula 228, que possuía o seguinte conteúdo: “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”. A Súmula nº 17, TST que fora citada determinava 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”.

Dessa forma, com o advento da Constituição Federal de 1988 passou-se a questionar a constitucionalidade da base de cálculo do adicional de insalubridade. Em virtude disto, em abril de 2008 o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 4 que determina: “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.”⁶⁴

Entretanto, observa-se que através desta Súmula Vinculante, a Suprema Corte defende que a vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo ofende a Constituição da República visto que contraria a vedação imposta pelo art. 7º, IV.

Após a edição dessa súmula, os juízes do trabalho entenderam que deveriam utilizar outro indexador para o referido adicional. Posteriormente, o TST ajustou seu posicionamento, publicando a Resolução nº 148, de 09 de julho de 2008, que cancelou a Súmula nº 17 e alterou o conteúdo da Súmula nº 228, que passou a estabelecer: “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”⁶⁵, aplicando-se, por analogia, a regra válida para o

⁶⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 4. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1195>> Acesso em: 22/10/2018.

⁶⁵BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 228. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-228> Acesso em: 22/10/2018.

adicional de periculosidade.

Porém, ao analisar a Súmula vinculante nº 4 pode-se notar que ela determina que a atual base de cálculo utilizada para este adicional não pode ser modificada, substituída por decisão judicial. Ou seja, em outras palavras, o STF disse que mesmo sendo inconstitucional a utilização do salário mínimo como indexador, ele não pode ser substituído por um juiz.

Diante disso, a alteração feita pelo TST, gerou um desconforto que resultou em uma Reclamação Constitucional ao STF, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria, em face do TST, que afirmava que a nova previsão adotada pelo tribunal conflitava com a Súmula Vinculante nº 4, ao fixar o salário básico como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Em sua decisão o relator Ministro Gilmar Mendes citou o art. 7º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe que:

Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.⁶⁶

Neste seguimento, o ministro entendeu que a reclamação ajuizada era cabível pois considerou que ao alterar a base de cálculo do adicional de insalubridade houve o afronte a Súmula Vinculante nº 4, por parte do TST, e que ocorreu uma má interpretação da mesma pois ela não autorizava essa substituição do salário mínimo. Gilmar Mendes alegou então que:

Dessa forma, com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante nº 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 nº 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante nº 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa.⁶⁷

O Recurso Extraordinário 565.714/SP que teve como relatora a Ministra

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 11.417, DE 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11417-19-dezembro-2006-548408-publicacaooriginal-63540-pl.html>> Acesso em: 23/10/2018.

⁶⁷ STF. RECLAMAÇÃO: RCL 6266. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 15/07/2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2629349>> Acesso em 22/10/2018.

Carmen Lúcia, foi o julgamento que deu origem à Súmula Vinculante nº 4, e por este motivo foi citado pelo ministro. O recurso tratava da inconstitucionalidade da vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo, ele teve seu provimento negado devido à impossibilidade de modificação da base de cálculo do benefício por decisão judicial, como demonstra a ementa do mesmo:

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: 565714 SP, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 30/04/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO)⁶⁸

Em sua decisão, Gilmar Mendes disse que, baseado neste julgamento e na Súmula Vinculante nº 4, o STF entendeu que, enquanto não for criada uma nova lei ou houver uma convenção coletiva que cesse a inconstitucionalidade do art.

⁶⁸STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE: 565714 SP, Relatora: Ministra Carmén Lúcia. Data de Julgamento: 30/04/2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14721216/recurso-extraordinario-re-565714-sp>> Acesso em: 23/10/2018

192,CLT, o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado sobre o salário mínimo. Seguindo por este raciocínio a Súmula 228 seria um afronte ao entendimento da Suprema Corte e por isso o ministro deferiu a medida liminar, suspendendo assim a Súmula 228 do TST, que se encontra nessa situação até os dias atuais.

Outra decisão relevante para este estudo é o da Reclamação 6275, ajuizada pela Unimed Ribeirão Preto - Cooperativa de Trabalho Médico, em 17/07/2008. A reclamação possuía os mesmos fundamentos e argumentos da que já fora citada, o desrespeito a Súmula Vinculante nº 4. Entretanto, o pedido liminar era de cassação de parte da Súmula.

A decisão é bem recente, ocorreu em 14/08/2018, e o relator desta é o Ministro Ricardo Lewandowski. Em seu julgamento o ministro citou a ementa do Recurso Extraordinário 565.714/SP que já foi fixado neste trabalho, também se referiu a proibição do Poder Judiciário modificar a base de cálculo do adicional de insalubridade e ainda destacou outros julgados com o mesmo conteúdo tais como: Rcl 11.441/PR e Rcl 11.387/SP - relatora a Ministra Carmén Lúcia; Rcl 13.189/SP - relator Ministro Joaquim Barbosa; Rcl 10.039/SP – relator Ministro Ricardo Lewandowski; Rcl 12.546/DF – relator Ministro Dias Toffoli; Rcl 11.423/ES – relatora Ministra Ellen Gracie. Todas essas reclamações citadas pelo ministro foram julgadas procedentes.⁶⁹

Por fim, o relator concluiu que:

Isto 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.⁷⁰

Assim, a súmula 228, TST, que já estava suspensa, teve parte de seu conteúdo cassado. Diante de tudo que foi exposto até aqui e da análise de todos esses acórdãos é possível concluir que o Supremo Tribunal Federal reconhece a inconstitucionalidade da base de cálculo que é utilizada atualmente. Porém, a

⁶⁹ STF. RECLAMAÇÃO. RCL: 6275. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 11/03/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2630067>> Acesso em: 26/10/2018.

⁷⁰ STF. RECLAMAÇÃO. RCL: 6275. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 11/03/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2630067>> Acesso em: 26/10/2018.

Suprema Corte entende que sua modificação só pode ocorrer por uma lei, lei essa que não foi criada até então.

Desse modo, o salário mínimo continua sendo utilizado de forma indevida, confrontando diretamente o que a Constituição Federal prevê, e mesmo passados dez anos da decisão que suspendeu a súmula 228 do TST, não há indícios de essa lei será criada, para por o fim em tudo isso.

3.5 DA UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO CONTRATUAL COMO BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Devido as divergências doutrinárias, jurisprudenciais, e a injustiça na atual forma de pagamento do adicional de insalubridade, torna-se necessária a alteração da base de cálculo do adicional em análise, pondo fim a inconstitucionalidade na utilização indevida do salário mínimo como indexador.

Outro ponto a ser mencionado que motiva a alteração dessa base de cálculo, é o fato de o valor pago atualmente ser tão baixo, que os empregadores não se sentem na obrigação de melhorar a qualidade do meio ambiente de trabalho de seus empregados, visto que o pagamento do adicional para eles é algo insignificante.

Nesta lógica, Sebastião Geraldo de Oliveira diz que:

Uma das formas de combater o agente agressivo à saúde do trabalhador é promover o agravamento financeiro dos adicionais, com propósito de estimular o empregador no sentido de eliminar ou neutralizar o agente nocivo, em vez de continuar pagando os adicionais respectivos.⁷¹

Como fora demonstrado anteriormente, os adicionais são pagos como forma de indenizar o trabalhador pelo serviço prestado em condições anormais. Com isso, ao estudar todos os adicionais, pode-se notar que todos, exceto o adicional de insalubridade, são calculados sobre o salário básico, contratual do empregado, não havendo assim, um motivo que justifique essa diferença de tratamento.

Diante disso, conclui-se que o mais justo seria a utilização do salário contratual como base de cálculo do adicional de insalubridade, pois seria uma indenização melhor para o empregado e se tornaria uma sanção mais grave para o empregador que não neutralizasse ou eliminasse o agente nocivo. Porém, como já

⁷¹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção Jurídica a Saúde do Trabalhador. 6ªed. São Paulo: LTr, 2011.p. 429

foi estudado, a Súmula Vinculante nº 4 veda essa modificação através de decisão judicial e exige a criação de uma lei para o que mesmo aconteça.

No entanto, o melhor a ser feito no momento, enquanto não se cria essa lei, que já está sendo aguardada por mais de dez anos, é a aplicação por analogia da base de cálculo do adicional de periculosidade aos obreiros que estão atualmente recebendo por trabalhar em locais insalubres.

A base de cálculo do adicional de periculosidade se encontra no art. 193, § 1º, que diz:

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado [...]

§ 1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.⁷²

O art. 193, CLT define então que o cálculo do adicional de periculosidade se fará com base no salário básico do obreiro. A aplicação deste mesmo indexador ao adicional de insalubridade por analogia é possível, diante da falta de previsão legal, como prevê o ar. 8º, CLT:

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.⁷³

Posto isso, entende-se que, como a lei exigida para alterar a base cálculo do adicional de insalubridade não foi criada, e o próprio STF já reconheceu a inconstitucionalidade da vinculação do salário mínimo, a única forma de mudar a situação atual, é o uso da analogia, que consiste na utilização do indexador do adicional de periculosidade, o salário básico ou contratual do mesmo.

⁷² BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 29/10/2018.

⁷³ BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 29/10/2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer desta pesquisa, vários temas referentes ao adicional de insalubridade foram abordados, assuntos que são importantes para o Direito do Trabalho e para os empregados em especial. Dentre os pontos explanados, alguns podem ser considerados como centrais para o entendimento do assunto proposto, como por exemplo o estudo do salário, da remuneração, dos adicionais de uma forma geral, do meio ambiente insalubre, da base de cálculo do adicional de insalubridade, e das súmulas referentes a esse adicional.

Ao analisar os adicionais de uma forma geral, ficou bem clara a injustiça no tratamento do adicional de insalubridade no que se refere ao seu cálculo, e, dessa forma, destacou-se a necessidade de mudanças que busquem sempre uma melhor qualidade de vida do obreiro que se encontra nessa situação.

Nesta monografia foram apresentados os entendimentos de diversos doutrinadores, mas um em especial deve ser destacado, sendo ele Sebastião Geraldo de Oliveira que é Juiz do Trabalho há 26 anos e atua há 10 anos como desembargador do Tribunal Regional do Trabalho de 3ª região. Este autor escreveu o livro Proteção Jurídica a Saúde do Trabalhador, que aborda assuntos bem relevantes para essa monografia, que acrescentaram muito em conhecimentos específicos sobre o assunto.

Neste trabalho também foram analisadas algumas decisões da Suprema Corte que defendiam a impossibilidade de mudança da base de cálculo deste adicional através de decisão judicial. Contudo, ao examinar de forma mais aprofundada tais entendimentos, é possível notar que o próprio STF, considera inconstitucional a utilização do salário mínimo, como também prevê a Súmula Vinculante nº 4.

Nessa lógica, se o uso do salário mínimo como indexador é inconstitucional e a alteração não pode ser feita senão por lei, torna-se urgente e necessária a edição da mesma, para que cesse as injustiças praticadas até então no pagamento deste adicional, que como foi estudado, não só é uma indenização ao trabalhador que presta seus serviços em condições prejudiciais a sua saúde, mas também é uma sanção aplicada ao empregador que não busca neutralizar ou eliminar os agentes nocivos presentes no meio ambiente de trabalho. O que se conclui com isso é que,

quanto mais gravosa for à sanção aplicada, maior as chances de eliminação da insalubridade para que se evite o pagamento do adicional.

Nos dias atuais, o valor calculado para os empregados que recebem adicional de insalubridade é tão insignificante para o empregador, que o mesmo não se sente pressionado a mudar a situação, e, com isso, vários empregados estão colocando em risco sua saúde e sua vida, por precisar do emprego para se manter e sustentar sua família, recebendo um valor mínimo a mais em seu salário, que não é proporcional ao que eles se submetem.

Sendo assim, para que haja um maior respeito aos direitos dos trabalhadores que trabalham com condições insalubres de serviço, deve ser utilizada uma outra base de cálculo para este adicional que não seja o salário mínimo. Portanto, por analogia deve se aplicar a mesma base de cálculo do adicional de periculosidade, sendo esta o salário contratual do empregado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22/10/2018.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 07/09/2018.

BRASIL, Lei n.º 8.112 de 11 de novembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm> Acesso em: 08/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECLAMAÇÃO: RCL 6266**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Acórdão 15 de julho de 2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2629349>> Acesso em 22/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECLAMAÇÃO. RCL: 6275**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Acórdão 11 de março de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2630067>> Acesso em: 26/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE: 565714/SP**. Relatora: Ministra Carmén Lúcia. Acórdão 30 de abril de 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14721216/recurso-extraordinario-re-565714-sp>> Acesso em: 23/10/2018.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 354. **GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-354> Acesso em: 24/09/2018.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 361. **ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ELETRICITÁRIOS. EXPOSIÇÃO INTERMITENTE (mantida) -** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-361> Acesso em: 08/10/2018.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n.º 364. **ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-364> Acesso em: 08/10/2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 11.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo : LTr, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo : Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Rodrigo Castro de. **Salário Mínimo no Brasil**. Parte 02. Disponível em: < <http://www.ufjf.br/graduacaocienciassociais/files/2010/11/SAL%C3%81RIO-M%C3%8DNIMO-NO-BRASIL-parte-2-Rodrigo-Castro-de-Oliveira.pdf>> Acesso em: 24/10/2018.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção a Saúde do Trabalhador**. 6^a ed. São Paulo: LTr, 2011.

VIANNA, Selma de Moura Galdino. **O adicional de penosidade**. Disponível em <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1970384/o-que-se-entende-por-adicional-de-penosidade-selma-de-moura-galdino-vianna>>. Acesso em 08/10/2018.