

O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4020

Rosana Silva de OLIVEIRA¹

Michele Bernardo da Silva FONSECA²

Orientador: Professor Carlos Augusto BENKENDORF³

Resumo: O presente artigo aborda sobre a atual base de cálculo do adicional de insalubridade e seus indexadores. Tem por objetivo defender o indexador que não contraria o disposto na Constituição Federal.

Palavras-chave: Adicional. Insalubridade. Base de Cálculo.

Noções Históricas

O trabalho surgiu inicialmente como castigo. A palavra trabalho vem do latim “tripalium” que era um meio de punição, um instrumento de tortura.

Inicialmente o trabalho era escravo, somente os que nada possuíam precisavam vender sua força de trabalho. Vieram então as corporações de ofício (mestre, companheiro e aprendiz).

O trabalho é importante para o desenvolvimento econômico da sociedade.

Acreditava-se que os trabalhadores bem alimentados eram mais resistentes às doenças.

1- Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba, estagiária no setor jurídico da Imobiliária Administradora Paranaense Incorporadora e Comissária Ltda. E-mail: ro_rozanna@yahoo.com.br
2- Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba. E-mail: michelebsf@hotmail.com
3- Docente das Faculdades Santa Cruz e advogado. E-mail: carlosaugusto@benkendorf.adv.br

A Revolução Industrial, ocorrida na Inglaterra, trouxe muitas mudanças no cenário trabalhista.

O trabalho naquela época era realizado de forma explorada, os salários eram insuficientes e o trabalho era desgastante, com quase nada ou nada de descanso.

Na busca de condições melhores de emprego, os trabalhadores de forma coletiva iniciaram movimentos, greves fazendo com que os governantes repensassem as exigências feitas pela classe operária, a fim de manter a paz social. Dessa forma inicia-se um processo de criação de leis que conduziram o trabalho nas indústrias em busca de finalizar os conflitos.

O primeiro país a proteger o trabalhador com a inclusão de leis que salvaguardariam os empregados foi o México em 1917.

Nesse cenário, em 1919 surgiu em Genebra, na Suíça, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com o objetivo de promover o acesso de homens e mulheres a condições dignas, livres e seguras de trabalho. Essas mesmas condições seguem a Declaração Universal de Direitos Humanos, que todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. A OIT é uma agência multilateral ligada à Organização das Nações Unidas, especializada nas questões trabalhistas.

A CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) foi criada em 1943 para nortear as relações trabalhistas que necessitavam de segurança para empregados e empregadores.

Em 1968 surge a necessidade da fiscalização de médicos e engenheiros para identificar atividades insalubres nos locais de trabalho. Após dez anos de vistoria e classificação das atividades insalubres, surge em 1978 a NR-15

(Norma Regulamentadora nº 15) que determina e classifica o que são atividades insalubres.

Há uma certa compra de saúde do trabalhador por parte do empregador, em decorrência dessa troca de serviço.

Embora haja uma norma regulamentadora número 9 que exige medidas de controle da insalubridade dos locais de trabalho, a lei não exige algo que não seja viável tecnicamente.

Dicotomia Público e Privado

Considerações e teorias à parte, o Direito do Trabalho é considerado um ramo do direito privado, pois é uma relação jurídica contratual. Embora seja um vínculo de contrato ele é tutelado pelo Estado que tem interesse em proteger o empregado, ocupante do pólo hipossuficiente da relação.

A primeira Constituição brasileira a tratar dos direitos trabalhistas foi a de 1934 (promulgada). A partir do Golpe de Estado em 1930 quando Getúlio Vargas assumiu o poder por intermédio de um governo provisório, começaram mudanças significativas nas questões trabalhistas.

Com o surgimento da CLT em 1943, através do decreto lei nº 5452 de 1943, os trabalhadores adquiriram maior segurança jurídica. Os decretos-lei eram muito comuns na época, o executivo legislava. Hodiernamente a CLT tem caráter de lei comum ordinária.

A CLT possui influência facista-corporativista. Com a disputa dos dois blocos econômicos URSS e EUA, muitos países adotaram a ditadura com o intuito de manter a estabilidade e a ordem. Muitas vezes o político se sobrepõe ao jurídico.

O fito do Estado é proteger o trabalhador, portanto, o adicional de insalubridade tem natureza pública, pois pode repercutir na Previdência Social.

1-

Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba, estagiária no setor jurídico da Imobiliária Administradora Paranaense Incorporadora e Comissária Ltda. E-mail: ro_rozanna@yahoo.com.br

2- Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba. E-mail: michelebsf@hotmail.com

3- Docente das Faculdades Santa Cruz e advogado. E-mail: carlosaugusto@benkendorf.adv.br

Fundamentação jurídica do adicional de insalubridade e remuneração

Tem o adicional de insalubridade natureza salarial e não indenizatória. Visa remunerar o trabalho em circunstâncias insalubres. Tem por objetivo compensar o trabalho em condições gravosas à saúde do empregado.

Os profissionais devem ter uma remuneração mínima diferenciada, em razão do grau de escolaridade e das condições diferenciadas que possuem.

A remuneração é a retribuição recebida habitualmente pela prestação de seus serviços e pode ser em dinheiro ou em utilidades (artigo 458 da CLT). O objetivo da remuneração é satisfazer as necessidades básicas do trabalhador e de sua família (artigo 457 da CLT).

A remuneração é o gênero do qual o salário é espécie. O salário base é o valor fixado a título de contraprestação direta pelos serviços normais prestados e serve de base de cálculo para demais verbas salariais. Podem servir como salário base: o salário normativo ou contratual, o salário mínimo ou o salário profissional. Na visão de Pedro Paulo Teixeira Manus:

“Uma das maneiras de minimizar os efeitos do baixo valor do salário mínimo tem sido a reivindicação, nas negociações coletivas, por intermédio dos sindicatos, da fixação de um salário normativo. Este, também denominado piso salarial, não obstante a discussão doutrinária a respeito de ambos os conceitos e que hora não nos importa, vem substituir o salário mínimo para uma determinada categoria de trabalhadores em certa localidade”. (MANUS, 2002, pp.136 e 137).

Existe a insalubridade quando o empregado submete-se a utilização de produtos químicos ou físicos acima dos níveis tolerados pelo Ministério do Trabalho.

Tem direito ao adicional de insalubridade quem exerce atividades insalubres. O cálculo de 10% é referente ao grau mínimo, 20% ao grau médio e 40% grau máximo. Incide sobre o salário mínimo conforme o artigo 76 da CLT, salvo as hipóteses previstas na Súmula 17 (Súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho). O trabalho insalubre que apresenta interrupções ou suspensões não afasta o pagamento do adicional de insalubridade (súmula 47 do TST). Alice de Barros Monteiro adverte sobre o assunto com maestria:

“O trabalho em condições insalubres, ainda que intermitente (Súmula nº 47 do TST), envolve maior perigo para a saúde do trabalhador e, por isso mesmo, ocasiona um aumento na remuneração do empregado. Em consequência, o trabalho nessas condições, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura ao empregado o direito ao recebimento de um adicional de 10%, 20% ou 40% sobre o salário mínimo ou mínimo profissional, conforme se classifique a insalubridade, respectivamente, no grau mínimo, médio ou máximo, segundo apurado por perito, médico ou engenheiro do trabalho registrado no Ministério do Trabalho”. (BARROS, 2007, pg. 767).

O salário profissional é a remuneração mínima atribuída a certa profissão, geralmente por intermédio de lei. Se por força de convenção coletiva, sentença normativa ou de lei, o cálculo será sobre o salário profissional, é o que dispõe a Súmula 17 do TST.

Esse adicional integra a remuneração do empregado para fins de cálculo de outras verbas se for pago habitualmente, de acordo com a Súmula 139 do TST. Acolita-se Orientação Jurisprudencial nesses termos:

“Orientação jurisprudencial 103/SDI-I/TST – adicional de insalubridade já remunera os dias de repouso semanal e feriados”.

1- Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba, estagiária no setor jurídico da Imobiliária Administradora Paranaense Incorporadora e Comissária Ltda. E-mail: ro_rozanna@yahoo.com.br
2- Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba. E-mail: michelebsf@hotmail.com
3- Docente das Faculdades Santa Cruz e advogado. E-mail: carlosaugusto@benkendorf.adv.br

A Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso XXIII, garante o adicional de insalubridade. Este direito também é assegurado no artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O artigo 7º, da Constituição da República afirma que a vinculação do salário mínimo é apenas para alimentação, moradia, saúde, vestuário, educação, lazer, higiene, transporte e Previdência Social. O Supremo Tribunal Federal por intermédio da Súmula Vinculante número 4 entendeu ser vedada a vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo.

Segue jurisprudência nesse sentido:

“Adicional de insalubridade: vinculação ao salário mínimo, estabelecido pelas instâncias ordinárias, que contraria disposto no artigo 7º, IV da Constituição Federal (Ac. 1ª T do STF RE 236.396-5 MG, j. 2-11-98 Rel. Min. Sepúlveda Pertence DJU 1, 20-11-98, p. 224, in Ltr 62-12/ 1621)”.

O artigo 7º inciso XXXIII, da Constituição Federal proíbe o trabalho insalubre ao menor de 18 anos. O trabalhador rural também tem direito ao adicional, mas sua condição insalubre deve ser verificada.

Acerca da vinculação do salário mínimo, cita-se:

“Apesar de a Constituição Federal (art. 7º, inciso IV) vedar a vinculação de qualquer parcela ou título ao salário mínimo, o Colendo TST vem mantendo o entendimento de fixar o atinente adicional, tomando como base o cálculo o salário mínimo, valendo destacar as Súmulas 17 (restaurado pela Resolução do TST 121/2003) e 228 (com nova redação dada pela Resolução do TST 121/2003), in verbis:

“S. 17 do TST – Adicional de Insalubridade. O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado”.

1-

Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba, estagiária no setor jurídico da Imobiliária Administradora Paranaense Incorporadora e Comissária Ltda. E-mail: ro_rozanna@yahoo.com.br

2- Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba. E-mail: michelebsf@hotmail.com

3- Docente das Faculdades Santa Cruz e advogado. E-mail: carlosaugusto@benkendorf.adv.br

“S. 228 do TST – Adicional de Insalubridade. Base de cálculo. O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo as hipóteses previstas no Enunciado 17 (atual Súmula 17).” (SARAIVA, 2007, p. 329 e 330).

De acordo com o artigo 189 da CLT serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados.

O Ministério do Trabalho de acordo com o artigo 190 da CLT aprovará as atividades insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, limites de tolerância, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes. O Parágrafo único do artigo 190 da CLT faz referência as normas citadas que incluirão medidas de proteção do organismo do trabalhador nas operações aerodispersóides (poluentes do ar ou ambiente de trabalho), tóxicos, irritantes, alérgicos ou incômodos.

Se forem adotadas por parte do empregador medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância, havendo utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância, ocorrerá a eliminação ou a neutralização da insalubridade como denota o artigo 191 da CLT e os incisos I e II. O parágrafo único do mesmo artigo preconiza que caberá às Delegacias Regionais do Trabalho, comprovada a insalubridade notificar as empresas, estipulando prazos para sua eliminação ou neutralização.

O adicional de insalubridade conforme o artigo 192 da CLT assegura a percepção de adicional de insalubridade sobre o salário mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo de acordo com os limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho.

O artigo 193 da CLT classifica como atividades ou operações perigosas aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado

1- Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba, estagiária no setor jurídico da Imobiliária Administradora Paranaense Incorporadora e Comissária Ltda. E-mail: ro_rozanna@yahoo.com.br
2- Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba. E-mail: michelebsf@hotmail.com
3- Docente das Faculdades Santa Cruz e advogado. E-mail: carlosaugusto@benkendorf.adv.br

em virtude de exposição permanente do trabalhador (inflamáveis, explosivos, energia elétrica, espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança).

O direito do empregado aos adicionais de insalubridade ou periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física, conforme o artigo 194 da CLT.

O artigo 195 determina que a classificação e caracterização da insalubridade e periculosidade, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, assim como o parágrafo 1º do mesmo artigo, cabe às empresas e aos sindicatos das categorias profissionais interessadas requererem ao Ministério do Trabalho a realização da perícia, com o objetivo de caracterizar atividades insalubres. Já o Parágrafo 2º, preceitua que verificada em juízo a insalubridade, seja por empregado, seja por sindicato, o juiz designará perito habilitado e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho.

O fornecimento de aparelhos que protegem o trabalhador da atividade insalubre exclui o adicional respectivo de acordo com a Súmula 80 do TST.

Segundo a súmula 293 do TST se o agente apontado na petição inicial (causa de pedir) for diverso do agente que é na realidade, não há prejuízo algum.

Embora a ditadura do dispositivo reine, o Direito não pode ser considerado uma teoria pura, como considerava Hans Kelsen, baseando-se apenas em leis e jurisprudência. O Direito vai muito além das normas e deve ser interligado com outras ciências. A interpretação gramatical pode levar o jurista a erros infundáveis.

1- Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba, estagiária no setor jurídico da Imobiliária Administradora Paranaense Incorporadora e Comissária Ltda. E-mail: ro_rozanna@yahoo.com.br
2- Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba. E-mail: michelebsf@hotmail.com
3- Docente das Faculdades Santa Cruz e advogado. E-mail: carlosaugusto@benkendorf.adv.br

Quadro comparativo:

Empregado que recebe salário de R\$ 1500,00 e adicional de insalubridade de 40%	
Cálculo sobre o salário mínimo	R\$ 271,20
Cálculo sobre o salário profissional	R\$ 600,00

Considerações finais

A Ação Direta de Inconstitucionalidade número 4020 proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CTNM) antes de ir ao STF, passou pela quinta Turma do TST, que decidiu ser o salário mínimo a base para o cálculo da insalubridade, conforme a OJ 2 da SDI-1 e do art. 192 da CLT. O trabalhador recorreu à SDI-1, que manteve a decisão.

Sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade foi reconhecida a ocorrência de violação do inciso IV do art. 7º da CF, aduzindo a Suprema Corte que a sua jurisprudência impede que o salário mínimo seja usado como indexador para qualquer outra relação jurídica de conteúdo pecuniário. Isso porque tal atrelamento funcionaria como pressuposto da inflação.

Como há necessidade de fixação de parâmetro novo para a apuração do adicional de insalubridade emprestou-se o parâmetro que disciplina o adicional de periculosidade (súmula 191 do TST).

Fixou-se como parâmetro para o cálculo do adicional de insalubridade o salário básico, por aplicação analógica da súmula 191 do TST, tendo em vista a semelhança entre esses adicionais.

Os ministros acordaram por unanimidade e fixaram como base de cálculo do adicional de insalubridade o salário base.

1- Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba, estagiária no setor jurídico da Imobiliária Administradora Paranaense Incorporadora e Comissária Ltda. E-mail: ro_rozanna@yahoo.com.br
2- Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba. E-mail: michelebsf@hotmail.com
3- Docente das Faculdades Santa Cruz e advogado. E-mail: carlosaugusto@benkendorf.adv.br

A Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos relata que a Súmula 228 é aplicada por outros tribunais trabalhistas do Brasil. A entidade afirma que se o empregado recorre ao TST com fundamento na inconstitucionalidade do artigo 192 da CLT, teria seu recurso desprovido, tendo em vista o artigo 896 e seus parágrafos 3º, 4º, 5º e 6º, o que resulta na não aplicação do dispositivo constitucional que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Esses parágrafos praticamente “obrigam” os Tribunais Regionais do Trabalho a se sujeitarem às súmulas do TST.

Vigora temporariamente a base de cálculo sobre o salário mínimo que em tese é inconstitucional, pois o salário mínimo não pode ser usado como indexador (artigo 7º, IV, CF).

Conclui-se que o adicional de insalubridade deve ser calculado sobre o salário profissional, mas é recorrente o interesse da classe dominante se sobrepor ao direito. Embora o capitalismo seja o modo de produção dominante, fez-se necessário conceder alguns direitos (como o adicional para quem trabalha em condições insalubres) para que não acontecesse um colapso do sistema, o que tornou o capitalismo menos predatório.

O indexador atual do adicional de insalubridade contraria o princípio da proteção e o da irrenunciabilidade de direitos. A norma mais benéfica, mais favorável ao trabalhador é a que deve ser aplicada, consoante os artigos 619 e 623 da CLT.

Cada trabalhador recebe um salário diferente conforme a complexidade e natureza da atividade prestada, então, nada mais justo que o adicional insalubridade seja calculado sobre o salário profissional, correspondente ao grau de insalubridade em que o agente é exposto.

Depois de várias revoluções históricas, pela luta de melhores condições de trabalho, calcular o adicional de insalubridade (direito adquirido pelo

1- Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba, estagiária no setor jurídico da Imobiliária Administradora Paranaense Incorporadora e Comissária Ltda. E-mail: ro_rozanna@yahoo.com.br
2- Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba. E-mail: michelebsf@hotmail.com
3- Docente das Faculdades Santa Cruz e advogado. E-mail: carlosaugusto@benkendorf.adv.br

trabalhador nessa condição), sobre o salário mínimo seria retroagir na evolução histórica do Direito do Trabalho Brasileiro e contrariar o princípio da proteção.

O preceito, ainda que inconstitucional, continua sendo aplicado porque o Poder Judiciário não pode impelir-se sobre o Poder Legislativo, em respeito à tripartição dos poderes, que mesmo difundindo-se são interdependentes.

1-

Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba, estagiária no setor jurídico da Imobiliária Administradora Paranaense Incorporadora e Comissária Ltda. E-mail: ro_rozanna@yahoo.com.br

2- Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba. E-mail: michelebsf@hotmail.com

3- Docente das Faculdades Santa Cruz e advogado. E-mail: carlosaugusto@benkendorf.adv.br

Referências:

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Direito do Trabalho/ 7^a edição - São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho/ 24^a Edição – São Paulo: Atlas 2008.

SARAIVA, Renato. Direito do trabalho. Direito do Trabalho para concursos públicos – São Paulo: Editora Método, 2007.

Material consultado na WEB:

MESQUITA NETO, Wladimir Soares de. A nova base de cálculo do adicional de insalubridade. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1962, 14nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11966>>. Acesso em: 27 abr. 2013.

SILVA, Marcos Domingos da. O adicional de insalubridade sob exame – 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>. Acesso em 27/04/2013.

Site: www.stf.jus.br acesso em 25/04/2013