

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E SUA BASE DE CÁLCULO: ANÁLISE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 04 DO STF.

FLÁVIO LUIZ SALDANHA,

*Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela FACULDADE DE DIREITO DE SANTO
ÂNGELO (1989). Pós graduado em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela
UNIVERSIDADE ANHANGUERA – UNIDERP. Atua na área do Direito Trabalhista. Sócio do
Escritório PACÍFICO SALDANHA & ADVOGADOS ASSOCIADOS S/S.*

INTRODUÇÃO

No dia 09 de maio de 2008, o pleno do Supremo Tribunal Federal, após uma decisão de matéria com repercussão geral em controle difuso de constitucionalidade, resolveu por bem editar a súmula vinculante número 04, norma que passou a proibir a utilização do salário mínimo nacional como indexador para qualquer fim.

A referida decisão afetou diretamente o direito laboral, mormente a matéria que versa sobre o adicional de insalubridade, garantia constitucional que adotava como base de cálculo - com apoio na jurisprudência sedimentada, inclusive sumulada pelo Tribunal Superior do Trabalho – o salário mínimo.

No presente estudo faremos uma análise do ponto central da discussão, que entendemos ser a base de cálculo do adicional de insalubridade.

Em uma primeira parte, serão definidos os fundamentos do adicional de insalubridade, que com o advento da constituição de 1988 ganha status de garantia constitucional. Também pretendemos tecer breves considerações sobre a evolução da base de cálculo da referida garantia, a fim de situarmos a discussão.

No segundo momento, através de uma análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, buscaremos identificar como devem ser interpretadas a decisão em controle difuso e a regra contida no verbete vinculante, verificando qual o sentido que o tribunal quis dar às referidas normas.

Num terceiro capítulo, colocaremos nosso entendimento sobre os efeitos que tais decisões - mais precisamente com a edição da súmula vinculante referida, propagaram na matéria, bem como faremos um exame de proporcionalidade da medida adotada.

Em última análise, buscaremos, com o intuito único de contribuição e apoio, emprestar nosso entendimento para propor uma nova base de cálculo para o adicional de insalubridade, a fim de colocar um ponto final, a fim de que seja superada mais uma matéria na esfera do direito do trabalho.

Por fim, buscaremos pinçar quais foram nossas conclusões diante de cada momento do estudo e dar um parecer final, sem - é claro - ter exaurido o assunto, pois o intuito do presente trabalho é apenas uma singela contribuição no longo caminho para se chegar ao consenso.

1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SUA BASE DE CÁLCULO

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 7º, inciso XXIII, mais precisamente no capítulo dos direitos sociais, prevê como direito

fundamental do trabalhador, imutável e irrevogável, “a contraprestação de trabalho em condições especiais¹” de insalubridade².

Na lei, como manda a parte final do inciso constitucional supracitado, o adicional de insalubridade é regulado pelos artigos 189 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, regras introduzidas no mundo jurídico pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977.

A sua base de cálculo, em que pese a consagração do direito há largo período, ainda não fora pacificamente definida pela doutrina e Tribunais pátrios. Cabe, portanto, tecer alguns comentários sobre a evolução histórica da base de cálculo do adicional de insalubridade.

Anteriormente ao advento da Carta Magna de 1988, o artigo 192 da CLT determinava que “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”³. A base de cálculo, portanto, era o salário mínimo regional.

Com a promulgação da Constituição de 1988, além da consagração do direito do trabalhador a perceber o adicional de insalubridade quando caracterizada a situação de fato, há o nascimento de outra regra, no mesmo artigo 7º, inciso IV, a qual veio a vedar a vinculação do salário mínimo para qualquer fim⁴.

¹ CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

² CF/88 - Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

³ Introduzido pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977.

⁴ CF/88 - 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,

Porém, apesar dos questionamentos suscitados, até pouco tempo prevalecia, inclusive em julgados do Supremo Tribunal Federal, o entendimento a favor da constitucionalidade da utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE: SALÁRIO MÍNIMO. C.F., art. 7º, IV. I. - O que a Constituição veda, no art. 7º, IV, é a utilização do salário-mínimo para servir, por exemplo, como fator de indexação. O salário-mínimo pode ser utilizado como base de incidência da percentagem do adicional de insalubridade. Precedentes do STF: Ags. 169.269 (AgRg)-MG e 179.844 (AgRg)-MG, Galvão, 1ª Turma; Ags. 177.959 (AgRg)-MG, Marco Aurélio, 2ª Turma e RE 230.528 (AgRg)-MG, Velloso, 2ª Turma. II. - Agravo não provido.⁵

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. ART. 7º, IV DA CF/88. 1. O art. 7º, IV da Constituição proíbe tão-somente o emprego do salário mínimo como indexador, sendo legítima a sua utilização como base de cálculo do adicional de insalubridade. 2. Precedentes. 3. Recurso extraordinário conhecido e improvido.⁶

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

capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

⁵ RE 230688 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 18/06/2002, DJ 02-08-2002 PP-00100 EMENT VOL-02076-06 PP-01109.

⁶ RE 458802, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 06/09/2005, DJ 30-09-2005 PP-00054 EMENT VOL-02207-07 PP-01235.

⁷ AI 638100 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 22/05/2007, DJe-037 DIVULG 14-06-2007 PUBLIC 15-06-2007 DJ 15-06-2007 PP-00040 EMENT VOL-02280-07 PP-01383.

O Tribunal Superior do Trabalho acolheu esse entendimento, adotado na Orientação Jurisprudencial 02 da SBDI-I. Atualmente, a referida orientação fora cancelada por resolução.

Ainda anteriormente à mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, razão deste estudo, o TST revisou a súmula 228 de sua Jurisprudência Uniforme, afirmando que *“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 17”*.

Na mesma época fora restaurada a Súmula número 17 do TST: *“O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado”*.

Todavia, a jurisprudência do STF foi se inclinando, nos últimos tempos, ao entendimento de que o salário mínimo não poderia servir de indexador para nenhum efeito, sob pena de violação ao artigo 7º, IV, da CF/88. Tais precedentes culminaram na mudança total do entendimento do Tribunal no RE 565714/SP – Repercussão Geral – tendo como Relatora a MINISTRA CARMEN LÚCIA, julgado em 30/04/2008, assim ementado:

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.⁸

Face à unanimidade da decisão e com o intuito de pacificar a matéria, o STF entendeu pela necessidade da edição de uma Súmula Vinculante versando o assunto, sendo publicado o verbete de n.º 4, no dia 09 de maio de 2008:

Súmula Vinculante nº. 04. 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.

⁸ RE 565714, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-147 DIVULG 07-08-2008 PUBLIC 08-08-2008 REPUBLICAÇÃO: DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-06 PP-01189.

Diante da edição do verbete vinculante, o TST, no dia 27 de junho, deu nova redação à sua Súmula n.º 228 e, por analogia, adotou a base de cálculo do adicional de periculosidade (Súmula n.º 191 do TST), qual seja: o salário básico do trabalhador. Ao mesmo tempo, o Pleno do TST cancelou a Súmula n.º 17 e a OJ n.º 2 da SDI-1, além de alterar a OJ n.º 47 da SDI-1, tudo para que a jurisprudência majoritária deste Tribunal fosse adequada à nova Súmula Vinculante n.º 4. A Súmula n.º 228 entrou em vigor com a seguinte redação:

SÚMULA 228. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CALCULO. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante n.º 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

Porém, a nova redação dada à Súmula 228, do TST, teve curto período de aplicação. Sua vigência fora suspensa através de duas liminares deferidas pelo então Presidente do STF, MINISTRO GILMAR MENDES, ao fundamento de que *“a nova redação estabelecida para a súmula 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa”*. Continuando no raciocínio, referiu que *“a vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo ofende a parte final do inciso IV da Constituição, garantida a sua utilização até a edição de lei que discipline a base de cálculo e o critério de atualização – e, aí (...) fica vedada a substituição”*.

Portanto, é nessa situação em que se encontra a base de cálculo do adicional de insalubridade, ou seja, há uma lacuna legislativa onde se discute qual é e qual será o critério adotado para encontrar a referida base de cálculo. A partir deste momento, faremos um estudo do que o STF quis pronunciar com a referida súmula vinculante n.º 4 e quais os efeitos de tal verbete nos direitos constitucionais do cidadão trabalhador, bem como qual deverá ser o critério mais razoável para se chegar à base de cálculo do referido adicional.

2. QUAL O SENTIDO DAS DECISÕES EMANADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DEFINIÇÃO DA ATUAL BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O Tribunal Pleno do STF, ao julgar o Recurso Extraordinário 565714/SP, com Repercussão Geral, efetuou um controle repressivo de constitucionalidade, *in concreto*. Nesse caso, os efeitos do julgado só se aplicam ao fato examinado no processo, não vinculando qualquer outra situação em que a lei ou ato normativo questionado seja aplicável. Via de conseqüência, de *per si*, a decisão não expurgou do sistema jurídico a lei ou ato normativo declarado inaplicável ao caso concreto examinado, que continua a fazer parte do ordenamento jurídico.

Face disso, no próprio julgamento do referido Recurso Extraordinário, o Tribunal Constitucional entendeu por bem editar a supracitada súmula nº 4⁹, com efeito vinculante, fulcrado no artigo 103-A da Constituição Federal¹⁰.

Cumpre primeiramente lembrar como e por que o referido instituto da súmula vinculante adentrou nasceu em nosso ordenamento jurídico. Segundo LENZA¹¹, após diversas tentativas de criar-se um instituto vinculante desde o período colonial brasileiro, a súmula vinculante adentrou definitivamente no ordenamento jurídico pátrio com a Emenda Constitucional nº 45/2004, com o desafio de equacionar um problema histórico, provocado por duas mazelas que há muito impedem a sensação de justiça pelo jurisdicionado e atravancam a melhor prestação jurisdicional pelo Estado: a morosidade do Poder Judiciário e as teses jurídicas repetitivas.

⁹ 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.

¹⁰ Art. 103-A da CF - O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. *Conforme redação acrescida pela EC nº 45/04.*

¹¹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Método, 2006, p.434.

Ocorre que o texto da súmula, principalmente sua parte final, causou alvoroço entre os membros da comunidade jurídica nacional, indo de encontro ao seu principal objetivo, qual seja, de pacificar o entendimento e vincular as decisões acerca da matéria discutida.

Como se pode ver, ao declarar implicitamente a revogação por não recepção do artigo 192 da CLT pela Carta Magna, o STF explicitamente com a expressão “*nem ser substituído por decisão judicial*”, vedou ao Poder Judiciário definir qual a base de cálculo aplicável aos casos futuros, sob o argumento que o judiciário não pode atuar como legislador positivo.

Por seu conteúdo *sui generis* em *terrae brasiliis* - atribui, através de uma declaração implícita de revogação por não recepção, o direito aos trabalhadores de não perceberem o adicional de insalubridade com a base de cálculo atrelada ao salário mínimo e, ao mesmo tempo, não dá poder de aplicabilidade desse direito - a súmula vinculante nº 4 provocou manifestações distintas e gerou uma das maiores controvérsias atuais do direito do trabalho.

Grande parte dos juristas acabou por não interpretar de forma correta o sentido da norma contida no verbete vinculante. Nem mesmo o Tribunal Superior do Trabalho logrou correta hermenêutica.

Como já referido, o TST entendeu como “mensagem” trazida pelo verbete que deveria encontrar uma nova base para o cálculo do adicional de insalubridade e, como já referido, deu nova redação à sua Súmula n.º 228 e, por analogia, adotou a base de cálculo do adicional de periculosidade (Súmula n.º 191 do TST), tomando ainda outras providências no sentido de adequar sua orientação ao verbete. Grande parte da doutrina passou a defender o salário básico do trabalhador como a nova base de cálculo a partir daquele momento.

Ocorre que, na verdade, apesar de declarar como não recepcionado o artigo 192 da CLT, o Supremo Tribunal Federal, em inovada forma de decidir, não imputou nulidade a tal norma, restando a mesma aplicável até que o Poder Legislativo tome providências.

Ao tomar tal decisão, baseado na doutrina Alemã, o STF efetuou uma declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Conforme definição de MEYER-PFLUG:

“A Corte Constitucional alemã faz uso desse método de interpretação quando a declaração de nulidade da lei ou ato normativo ocasionar um vácuo jurídico extremamente gravoso para a ordem constitucional. Com o emprego desse método de interpretação a norma impugnada mantém-se no ordenamento jurídico, pois apesar de reconhecer-se a sua inconstitucionalidade, não declara-se a sua nulidade. É dizer, a Corte Constitucional reconhece que a norma *sub examine* encontra-se eivada de inconstitucionalidade, mas por razões de segurança jurídica, não aplica a sanção, qual seja, a declaração de sua nulidade. Contudo, adverte-se que a mesma não pode mais ser aplicada. Isso está a significar que a norma impugnada permanece no sistema normativo com a finalidade de evitar o surgimento do vácuo normativo, ou até mesmo, para obstar a reprecinação da lei antiga que não se coaduna com o momento atual.

A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade apresenta-se como uma técnica de interpretação que tem por finalidade a manutenção da norma impugnada no ordenamento jurídico até a elaboração de uma outra lei capaz de substituí-la, quando de sua nulidade advier um prejuízo maior para o ordenamento jurídico e para a sociedade do que a sua conservação no sistema normativo. Convém registrar que muitos doutrinadores a consideram, não como um método de interpretação, mas sim como uma verdadeira técnica de decisão a ser utilizada pelo Tribunal Constitucional quando do controle abstrato dos atos normativos”.¹²

¹² Meyer-Pflug, Samantha. Da eficácia das decisões na arguição de descumprimento de preceito fundamental. Revista Jurídica Virtual. Vol. 6. n. 70. março/2005. [Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/artigos/Art_Samantha.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/artigos/Art_Samantha.htm).

Tal técnica também vem sendo utilizada na Suprema Corte Espanhola, conforme se pode ver do que diz ENTERRÍA, citado por MENDES:

"La reciente publicación en el Boletín Oficial del Estado de 2 de marzo último de la ya famosa Sentencia 45/1989, de 20 de febrero, sobre inconstitucionalidad del sistema de liquidación conjunta del Impuesto sobre la Renta de la "unidad familiar" matrimonial, permite a los juristas una reflexión pausada sobre esta importante decisión del Tribunal Constitucional, objeto ya de multitud de Comentarios periodísticos.

La decisión es importante, en efecto, por su fondo, la inconstitucionalidad que declara, tema en el cual no parece haberse producido hasta ahora, discrepancia alguna. Pero me parece bastante mas importante aún por la innovación que ha supuesto en la determinación de los efectos de esa inconstitucionalidad, que el fallo remite a lo "que se indica en el Fundamento undécimo" y éste explica como una eficacia pro futuro, que no permite reabrir las liquidaciones administrativas o de los propios contribuyentes (autoliquidaciones) anteriores."¹³

O MINISTRO GILMAR MENDES, ao suspender os efeitos da súmula 228 do TST claramente fez referência a tal técnica de decisão, e garantiu a utilização do salário mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade até o momento que seja editada nova lei que regule a matéria.

Cumprimos, destarte, o intuito de encontrar a atual base de cálculo do adicional de insalubridade, que continua sendo o salário mínimo. Porém, tal fato não afasta o direito a críticas dessa técnica decisória adotada pela Suprema Corte, ma vez que uma inadequação da decisão pode afetar diversos direitos dos trabalhadores, consagrados na constituição.

3. DA DESPROPORCIONALIDADE DA DECISÃO - “(DES)NECESSIDADE” DO MEIO (CONTEÚDO DA NORMA CONTIDA NA SÚMULA) EM FACE DA FINALIDADE PRETENDIDA

¹³ MENDES, Gilmar. Lei 9868/99: processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=130>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

Como se sabe, “em sede de recurso extraordinário, o efeito da decisão é *inter partes e ex tunc*. Assim, na hipótese de o Supremo Tribunal declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em sede de recurso extraordinário, remeterá a matéria ao Senado da República, para que este suspenda a execução da referida lei (art. 52, X, da CF)”.¹⁴

Essa deveria ser, portanto a regra, quando o a Corte Constitucional resolve uma questão em controle difuso, pois “o art. 52,X é muito mais importante do que se tem pensado. Ele consubstancia um deslocamento do pólo de tensão do solipsismo das decisões do judiciário em direção da esfera pública de controle dessas decisões”¹⁵. Sua existência na Constituição decorre da “exigência democrática de participação da sociedade no processo de decisão acerca da (in)constitucionalidade de uma lei produzida pela vontade geral”¹⁶.

E pode se questionar qual a importância da referida regra constitucional para o estudo da matéria que discutimos. A relevância é enorme.

Para compreender, cumpre aduzir que a chamada mutação constitucional “é compreendida como uma alteração no sentido atribuído ao texto constitucional, isto é, uma modificação no seu significado. Em outros termos, muda-se o conteúdo do enunciado constitucional, mas sem alterar sua redação”¹⁷. Tal fenômeno “consiste em uma modificação da norma jurídica

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal Sobre O Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em <http://www.ihj.org.br/pdfs/artigo_lenio07.pdf>

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

¹⁷ LEITE, Glauco Salomão. A Extensão da Eficácia *Erga Omnes* e do Efeito Vinculante às Decisões de Inconstitucionalidade em Controle Difuso Pelo Supremo Tribunal Federal: Hipótese de Mutação (In)Constitucional. Disponível em <http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Mutacao_Glauco.pdf>.

(resultado da interpretação), impulsionada por novos fatores sociais, políticos e/ou econômicos, mas mantendo-se intacto o texto constitucional”¹⁸.

Porém, o MINISTRO EROS GRAU, em voto-vista proferido na Rcl. nº 4335/AC deu novo conceito à mutação constitucional, dando ao STF o poder de mudar o texto da norma:

“Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado”

Destarte, “o Min. Eros Grau afirma estarmos diante da substituição de um texto (“*compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal*”) por outro texto (“*compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo*”)”¹⁹.

Como visto, o próprio STF reduzira o papel do Senado Federal disposto no artigo 52, X. Porém, apesar dessa mutação agredir “*as possibilidades semânticas do texto constitucional, resultando em inovação não comportada por*

¹⁸ LEITE, Glauco Salomão. A Extensão da Eficácia *Erga Omnes* e do Efeito Vinculante às Decisões de Inconstitucionalidade em Controle Difuso Pelo Supremo Tribunal Federal: Hipótese de Mutação (In)Constitucional. Disponível em <http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Mutacao_Glauco.pdf>.

¹⁹ Idem.

tal enunciado”²⁰, importa aqui somente como notícia e alicerce para justificação do entendimento que pretendemos construir.

Como antes mencionado, a Emenda Constitucional nº 45/04 introduziu o artigo 103-A na Carta, onde em seu *caput*, passou a prever a possibilidade de uma súmula ter eficácia vinculante sobre decisões futuras: *"o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei"*.

Com isso, uma súmula outrora meramente consultiva, passou a ter verdadeiro efeito vinculante, não podendo ser contrariada. A justificativa para a instituição de efeito vinculante a uma súmula era assegurar o princípio da igualdade, evitando que uma mesma norma fosse interpretada de formas distintas para situações fáticas idênticas, criando distorções inaceitáveis, bem como desafogar o STF da montanha de processos em que se encontrava, gerado pela repetição exaustiva de casos cujo desfecho decisório já se conhecia.

Além disso, a instituição do verbete vinculante deu poder ao Supremo Tribunal Federal de dar efeito *erga omnes* ao seu entendimento sobre determinada matéria decidida por várias vezes em controle difuso sem ficar vinculado ao artigo 52, X. Ou seja, pode vincular todos ao seu entendimento e declarar a inconstitucionalidade de uma lei sem ser necessária a intervenção do legislativo (Senado Federal) para suspender a mesma.

Então, coerente chegar à conclusão que se o Supremo Tribunal Federal, naquela decisão paradigma sobre a questão (por se tratar de consolidação de

²⁰ Idem.

entendimento em recurso extraordinário com repercussão geral), quisesse atribuir qualquer ato ao Legislativo, poderia provocá-lo com a atribuição que lhe dá a regra do artigo 52, X.

Essa não era a vontade do STF, que entendeu por bem editar a súmula vinculante número 4. Para dar maior eficácia e celeridade ao seu entendimento resolveu prescindir do que atribui o artigo 52, X, e editou o verbete, que declarou claramente a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como indexador e base de cálculo para o adicional de insalubridade.

Porém, como já aduzimos alhures, a parte final da súmula não guarda coerência com o motivo de sua edição e os efeitos que deveria produzir. Pretendemos demonstrar que por razão da parte da súmula que não imputa nulidade do artigo 192 da CLT, a norma emanada do verbete – meio para alcançar um fim – carece de necessidade, razão pela qual seria a decisão considerada desproporcional.

Resta claro que ao editar o verbete, o STF o utilizou para veicular uma decisão que serve como um meio para atingir determinado fim consagrado em norma constitucional. Porém, sempre que determinado meio empregado otimiza uma finalidade pretendida e garante um direito, outros direitos colidentes são reduzidos ou mitigados.

3.1. Exame de proporcionalidade

Sempre que uma decisão judicial define um meio para atingir uma finalidade pretendida por alguma norma, deve respeitar critérios de ponderação, para que ao mesmo tempo não venha a ferir outras garantias também previstas no ordenamento jurídico.

Essa técnica ou critério de aplicação de normas gerais ao caso concreto nada mais pode ser que o dever de proporcionalidade. “A instituição simultânea de direitos e garantias individuais e de finalidade públicas e normas de competência, como faz a Constituição de 1988, implica o dever de ponderação, cuja medida só é obtida mediante a obediência à proporcionalidade. O dever de proporcionalidade é o dever de atribuir uma proporção ínsita à idéia de relação. O Direito tutela bens que se dirigem a finalidades muitas vezes antagônicas, cuja concretização exige, porque há correlação, uma ponderação dialética ou proporção”²¹.

A proporcionalidade (“*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*”) determina que um meio deva ser adequado, necessário — isto é, dentre todos os meios adequados aquele menos restritivo — e não deva ficar sem relação de proporcionalidade relativamente ao fim instituído pela norma²².

Para FREITAS, “proporcionalidade significa sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos”²³. Como já se viu, o postulado da proporcionalidade é dividido em três subprincípios: **adequação**, **necessidade** e **proporcionalidade** em sentido estrito.

O conflito existente nesse caso é entre a norma emanada pelo artigo 7º, inciso IV, da CF/88 e os princípios da segurança jurídica, propriedade e proibição de retrocesso.

3.1.1. adequação

²¹ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001.

²² HIRSCHBERG, Lothar. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. Göttingen, 1981, p.245. JAKOBS, Michael Ch. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. Köln, Carl Heymanns, 1985, p. 217.

²³ FREITAS, Juarez. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional. In Revista da AJURIS, nº 76, Ano XXVI, dezembro de 1999, p. 400.

Como visto, o primeiro subprincípio ou subcritério do princípio da proporcionalidade é o da adequação, consistente em uma exigência de “*relação empírica entre meio e fim*”²⁴. Melhor dizendo, cumpre verificar se o meio empregado promove a finalidade da norma.

No caso, o meio empregado - declarar inconstitucional e não recepcionada qualquer norma que venha a utilizar o salário mínimo como indexador -efetivamente é uma decisão que promove o objetivo contido no inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal.

3.1.2. necessidade

Porém, o problema é encontrado no segundo subcritério, mais precisamente o da necessidade, que envolve a verificação de existência de meios que sejam alternativos ao que se pretende utilizar e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os outros direitos fundamentais afetados.

Como mencionado anteriormente, a decisão contida na súmula realmente consagra um direito constitucional (art. 7º, IV), porém, os efeitos da decisão, por causa da parte final do verbete - *nem ser substituído por decisão judicial* – são nefastos a outros direitos, inclusive de maior peso.

Primeiramente, o verbete possui um texto confuso que dificulta a extração da norma. Isso se verifica verdadeiro pelo alvoroço na doutrina e jurisprudência até que o próprio STF, através de seu presidente, utilizou-se de duas liminares para dar um efeito de embargos de declaração da decisão veiculada pela súmula, atestando a obscuridade.

²⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Malheiros. P. 116.

Através dessas decisões que podemos apelidar de “*embargos declaratórios de súmula vinculante*” o STF garantiu a aplicação da norma inconstitucional ou não recepcionada até que o legislativo venha a editar nova regra que defina a base de cálculo válida para o adicional de insalubridade, sob o argumento que não pode atuar como legislador positivo. Paralelamente, conseguiu achar uma forma de aplicar um tipo de decisão importada da tão copiada Suprema Corte Alemã, a agora tão famosa declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Notória a infelicidade do STF ao enxertar este tipo de decisão à matéria.

Evidente a contradição entre a finalidade do instituto súmula vinculante e a medida adotada. Se a edição de uma súmula vinculante tem como intuito dar eficácia *erga omnes* a um entendimento tomado em controle difuso sem atribuir ao Senado Federal o dever de suspender, ou como quer o STF, de dar publicidade à suspensão de norma inconstitucional, não existe razão qualquer para que o STF declare uma inconstitucionalidade através de um verbete e este veicule uma vinculação de aplicabilidade a um ato do Legislativo. Cadê a eficiência e efetividade da súmula, se somente declara, mas não constitui direitos?

Fosse para ser dessa forma, muito mais eficiente seria não editar tal súmula. Deveria o Tribunal, no RE 565714/SP – Repercussão Geral, ter aplicado o que dispõe o artigo 52, X, da Constituição. Dessa forma, o Legislativo ao dar publicidade à decisão já se sentiria provocado a editar nova norma que regulasse o assunto.

O questionamento que se faz a partir dessa atuação desastrada da Suprema Corte é: até quando os trabalhadores terão seu direito suprimido e perceberão o adicional de insalubridade com base em regra inconstitucional?

Não há resposta, pois pode ser hoje, amanhã ou nunca. Depende da vontade do Poder Legislativo, motivo pelo qual e por razões óbvias, já se verifica

de antemão que a edição do verbete não terá a menor eficácia por um bom período.

Decorrente daí nasce a sonegação do direito de propriedade do trabalhador (art. 5º, XXII, da CF), uma vez que não fora determinado prazo para edição de nova lei e, com certeza, os efeitos da nova base de cálculo do adicional serão *ex nunc* a partir da vigência da nova regra. Até lá e se esta for editada, o trabalhador brasileiro vai vendo sonegado seu direito de propriedade, percebendo o referido adicional sobre base de cálculo inconstitucional, sem ter garantia de restituição. Há uma modulação de efeitos *pro futuro* sem determinação do início da vigência ou poder para exercer o novo direito.

A segurança jurídica, princípio tão caro ao Estado Democrático de Direito, é atingida, uma vez que o trabalhador sabe que o seu adicional está sendo calculado sobre uma base inconstitucional e não possui certeza nem previsibilidade de quando seu direito será garantido.

Também contraditório com as próprias atuações do STF a alegação de que não pode atuar como legislador positivo, razão pela qual o chamado vácuo legislativo impõe a garantia de aplicação da norma inconstitucional. Sobre esse assunto, cumpre citar o que o próprio MINISTRO GILMAR MENDES, enquanto doutrinador, afirmou sobre a responsabilidade ao se aplicar uma declaração de inconstitucionalidade sem imputação de nulidade e a aplicabilidade de lei inconstitucional para evitar o vácuo legislativo:

Alguns casos de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade referem-se às chamadas lacunas jurídicas ameaçadoras (bedröhlliche Rechtslücken), que poderiam, em caso de uma pronúncia de nulidade, ter sérias consequências, ensejando mesmo eventual "caos jurídico". Esses casos têm o seu ponto comum na chamada "inexequibilidade da decisão cassatória" ("Undurchsetzbarkeit der Normaufhebung"). A declaração de nulidade levaria a uma minimização (Minimierung), ao invés de levar a uma

otimização (*Optimierung*) na concretização da vontade constitucional. A lacuna resultante da declaração de nulidade poderia fazer surgir uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional

A suspensão da aplicação da lei inconstitucional suscita problemas que não podem ser olvidados. Na decisão proferida pelo *Bunderverfassungsgericht* sobre a constitucionalidade da lei que disciplinava o regime de nacionalidade das crianças nascidas dos chamados "*casamentos mistos*", tornou-se evidente que, sem a aplicação provisória da disposição inconstitucional, haveria um *vácuo legislativo*. O *Bundesverfassungsgericht* reconheceu a legitimidade da aplicação provisória da lei declarada inconstitucional se razões de índole constitucional, em particular, motivos de segurança jurídica, torna imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional, a fim de que não surja, nessa fase intermediária, situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente.²⁵

Ora, se a Constituição explicitamente atribui ao poder judiciário a função de controlar a atividade legislativa, implicitamente atribui os poderes necessários para o reparo, o que, implica na concretização judicial da norma constitucional, pelo menos para o caso concreto, independentemente da atividade legislativa. Nesse sentido, DWORIN afirma que "*o objetivo da decisão judicial constitucional não é meramente nomear direitos, mas assegurá-los, e fazer isso no interesse daqueles que têm tais direitos*"²⁶.

A vedação da atuação do judiciário como "legislador positivo" não tem base racional. Também não decorre de comando constitucional expreso. Admiti-lo por construção jurisprudencial vai de encontro aos princípios da supremacia da Constituição e da efetividade, apenas representando abdicação indevida pelo Judiciário da função de controle atribuída pela Constituição.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade da Lei- Unvereinbarkeitserklärung – na Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. Disponível em <<http://br.geocities.com/profpito/adeclaracaosempronunciagilmar.html>>

²⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 465.

De acordo com CAPPELLETTI, "*o intérprete, queira, ou não, tenha consciência, ou não, é sempre e sempre, criador: por mais que se esforce, é livre! Ele dá vida a um texto que é morto*"²⁷.

No mesmo sentido se posiciona CARVALHO, citando CAPPELLETTI:

"Os principais criadores do Direito [...] podem ser, e freqüentemente o são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade [...] Se interpretar significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-las e – no caso do Juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, ‘aplicá-los’, e ‘realizá-los’ em novo e diverso contexto, de tempo e lugar, como não existir cerca dose de liberdade?"²⁸

É imperioso, assim, definir o texto constitucional como compromissário e dirigente, urgindo a relevância da jurisprudência de valores. Ou seja, o abandono da idéia de Constituição meramente programática implica uma espécie de ativismo judicial ou intervencionismo dos tribunais, evidenciando a judicialização da política.

Ademais, tal argumento não pode ser levantado pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista que como já noticiado alhures, o MINISTRO EROS GRAU, em voto-vista proferido na Reclamação 4335/AC, deu novo conceito à mutação constitucional, dando ao Pretório Excelso o poder de mudar o texto da norma. O que seria isso senão legislar? Portanto, carece de validade o argumento utilizado para não definir, pelo menos, no caso concreto, uma nova base de cálculo para o adicional de insalubridade.

Entendemos que o entendimento adotado pelo STF viola o princípio da proibição de retrocesso, no sentido que lhe deve ser atribuído em face da realidade

²⁷ CAPPELLETTI, MAURO. *Juízes Legisladores*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 21.

²⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Papel dos Juízes na democracia*. Artigo publicado junto à Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, núm. 68, pág. 345.

brasileira, possuindo um caráter mais abrangente do que lhe empresta a doutrina européia, onde o Estado Social há tempos fora garantido:

“Acredita-se que a análise “constitucionalmente adequada” da proibição do retrocesso aqui empreendida pode contribuir positivamente para a discussão, tendo em vista que o problema deixa de ser exclusivamente teórico, isto é, sai do plano abstrato da teoria da Constituição e passa obrigatoriamente a ser vislumbrado a partir dela (da teoria), como uma questão de ordem prática (aplicação ao contexto brasileiro). A atuação estatal (ou sua omissão) não mais pode ser compreendida, neste sentido, de modo desvinculado do Princípio da proibição do retrocesso social. E quando se fala aqui em Estado, se está fazendo alusão aos seus “três poderes”, previstos no art. 2º, da CF, como acima mencionado. Ou seja, ficam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário vinculados, negativa e positivamente, por um dispositivo constitucional específico, a concretizar os direitos fundamentais”²⁹.

MIOZZO aduz que é obrigação do Judiciário ser mais atuante, sob pena de violar o referido princípio:

“E neste aspecto é que se quer enfatizar o papel do Princípio da proibição do retrocesso social. A partir de sua compreensão como Princípio constitucional fundamental, não há mais que se falar na atuação do Judiciário de uma forma meramente teórica e abstrata. Insta que se considere que o tipo de Judiciário a Constituição de 1988 prevê é de um Poder interventor e transformador da realidade jurídica. Outrossim, necessário que se observe quais os instrumentos de controle de constitucionalidade postos à disposição pelo texto magno para este mesmo poder atuar na filtragem constitucional das ações, e sobretudo das omissões dos outros poderes. E a compreensão que a Jurisdição tem destes mecanismos também deve ser (re)vista a partir da bivetorialidade da proibição do retrocesso. O Judiciário, assim, está vinculado constitucionalmente a dar a maior eficácia possível ao instrumental de controle de constitucionalidade, sob pena de agir ou se omitir inconstitucionalmente”³⁰.

²⁹ MIOZZO, Pablo Castro. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social e Sua Previsão Constitucional: *uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil*. Disponível em <<http://www.ajuris.org.br/dhumanos/mhonrosa1.doc>>

³⁰ Idem.

Em face desses argumentos, nos convencemos que o **meio empregado**, ou seja, o conteúdo dado pelo STF à súmula vinculante nº 4, não é o que mais promove o artigo 7º, IV da Constituição Federal, carecendo a medida do dever de proporcionalidade.

Poderia o STF ter definido uma nova base de cálculo na decisão em controle difuso, remetendo a decisão ao Senado Federal (artigo 52, X, da CF/88). Dessa forma, faria justiça no caso concreto e basearia o Legislativo para adotar a nova base de cálculo do referido adicional.

Outra decisão mais adequada seria suprimir a parte final da súmula, deixando que, na ausência de atitude do Poder Legislativo, o Judiciário, através da jurisprudência do seu Tribunal Superior, chegasse a uma definição de tal adicional dentro da moldura que se pode extrair da constituição.

Por óbvio, tais medidas também são questionáveis, sendo meramente exemplificativas. Porém, não possuem efeito tão contraditório - nefasto e, ao mesmo tempo, ineficiente - quanto àquela tomada pela Corte Constitucional.

O Supremo Tribunal Federal não vai rever sua decisão. Porém cabe aos operadores do direito, ainda que com pouca voz, fiscalizar e criticar positivamente as decisões daquela Corte para que não venha cometer equívoco semelhante em casos futuro. Assim é que se dá efetividade ao Estado Democrático de Direito e é este o intuito do presente estudo.

4. UMA PROPOSTA PARA A FUTURA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Por razões lógicas, apesar das diversas críticas à decisão emanada da Suprema Corte, o entendimento está consolidado e assim é que devemos aceita-lo. Portanto, cabe à sociedade pressionar o Legislativo para que regule a matéria o mais rápido possível e à doutrina e operadores do direito, através de suas opiniões,

apresentar os caminhos mais coerentes e razoáveis para uma base de cálculo do adicional de insalubridade adequada e constitucional.

Como fora proposto, apresentamos aqui nosso entendimento, após longa reflexão. Aderimos à proposta da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Conforme o entendimento da ANAMATRA, o artigo 192 da CLT teria a seguinte redação:

“O trabalho em condições insalubres assegura ao trabalhador a percepção do adicional de insalubridade correspondente a 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) ou 10% (dez por cento) incidentes sobre seu salário básico, segundo a insalubridade se classifique, respectivamente, nos graus máximo, médio ou mínimo, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa”.

A Súmula 17 do TST possibilitava a adoção do “salário profissional e o convencional (piso ou salário normativo)”. O referido verbete encontra-se cancelado, até mesmo porque os parâmetros traçados não alcançavam a totalidade dos trabalhadores.

Há também quem entenda que a base de cálculo de que trata o artigo 192 da CLT tem que ser calculada sobre a remuneração total do trabalhador, no conceito que lhe dá a Lei 8.852/94, ou seja, como sendo todo o conjunto de vantagens contido nos contracheques.

Em que pese a obrigatoriedade de protetividade ao trabalhador, nos parece que tal proposta não é a mais adequada, haja vista uma possível desproporção na medida a ser adotada.

Isso se defende porque, como esposado em capítulo anterior, ao buscar atender um direito, sempre é necessário levar em consideração o direito fundamental que se imbrica.

Nesse caso, ao se adotar como base de cálculo do adicional de insalubridade a remuneração, entendida como totalidade das vantagens do contracheque, estaria o legislador – em grande parte dos casos – violando o direito de lucro do empregador, retirando-lhe sua eficácia mínima basal, ou seja, esvaziando o princípio de que todo e qualquer empreendimento tem direito ao lucro, sob pena de perda da finalidade a atividade econômica desenvolvida. Tal base de cálculo poderia inviabilizar algumas atividades, alavancar o desemprego e prejudicar a sociedade como um todo.

Aliás, muito mais coerente a tese do salário base, que tem como argumento palpável a analogia com o artigo 193, § 1º da CLT, onde é definida a base de cálculo para o adicional de periculosidade como sendo o salário, “*sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa*”.

Parece-nos no mínimo coerente adotar semelhante base de cálculo, o que traria maior harmonia ao sistema e, conseqüentemente, coerência e razoabilidade.

Isso se afirma até porque, em consonância com o que menciona o artigo 457, § 1º, da CLT, o adicional de insalubridade integra o complexo salarial, como demais adicionais e tantas parcelas de natureza salarial, mas sua base de cálculo não deve ser tal complexo, sob pena de incidir sobre si mesma.

É de ressaltar, porém, que seria possível a adoção do salário profissional, fixado por lei, e do piso salarial ou salário normativo como base de cálculo do referido adicional, sempre que mais vantajoso ao trabalhador.

Essas, destarte, são nossas humildes ponderações sobre o tema, no intuito de contribuir para a discussão.

CONCLUSÃO

Diante da pesquisa empreendida, retiramos algumas conclusões sobre o assunto, que podem ser sinteticamente elencadas:

1. É direito fundamental do indivíduo que labora em condições especiais perceber o adicional de insalubridade, conforme prevê a Constituição da República de 1988, em seu artigo 7º, inciso XXIII.

A lei regula o assunto através da CLT, em seu artigo 189 e seguintes. O artigo 192 do mesmo diploma legal regulava a base de cálculo do referido adicional, adotando como critério o salário mínimo regional.

Ocorre que, como sabido, a lei é anterior à Constituição Federal e, com a promulgação desta, restou garantido também, no mesmo artigo 7º, inciso IV, que era vedada a vinculação do salário mínimo para qualquer fim.

Mesmo assim, a jurisprudência, inclusive da Corte Suprema, adotava como constitucional a utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade. Por este motivo, o Tribunal Superior do Trabalho acolheu o entendimento, adotou a Orientação Jurisprudencial 02 da SBDI-I, revisou a súmula 228 de sua Jurisprudência Uniforme e restaurou a Súmula nº 17.

Nos últimos tempos, a jurisprudência do STF foi se inclinando ao entendimento de que o salário mínimo não poderia servir de indexador para nenhum efeito, sob pena de violação à Carta Magna. Tais precedentes culminaram na mudança total do entendimento do Tribunal no RE 565714/SP – Repercussão Geral – tendo como Relatora a MINISTRA CARMEN LÚCIA.

Com base nesse entendimento, em 09 de maio de 2008, fora publicado o verbete vinculante de n.º 4, vedando que o salário mínimo pudesse ser utilizado

como base de cálculo para o adicional de insalubridade, nem ser substituído por decisão judicial.

Formou-se, assim, uma lacuna legislativa onde se passou a discutir qual é e qual será o critério adotado para encontrar a referida base de cálculo.

2. Grande parte dos juristas acabou por não interpretar de forma correta o sentido da norma contida no verbete vinculante. Nem mesmo o Tribunal Superior do Trabalho logrou correta hermenêutica.

O TST entendeu como “mensagem” trazida pelo verbete que deveria encontrar uma nova base para o cálculo do adicional de insalubridade, deu nova redação à sua Súmula n.º 228 e, por analogia, adotou a base de cálculo do adicional de periculosidade (Súmula n.º 191 do TST).

Porém, em duas liminares, o MINISTRO GILMAR MENDES suspendeu os efeitos da súmula 228 do TST, afirmou que o STF efetuou uma declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e garantiu a utilização do salário mínimo como base de cálculo para o adicional de insalubridade até o momento que seja editada nova lei que regule a matéria.

3. Ao editar a súmula vinculante n.º 4, o STF a utilizou para veicular uma decisão que serve como um meio para atingir determinado fim consagrado em norma constitucional. Porém, sempre que determinado meio empregado otimiza uma finalidade pretendida e garante um direito, outros direitos colidentes são reduzidos ou mitigados. Essa técnica ou critério de aplicação de normas gerais ao caso concreto nada mais pode ser que o dever de proporcionalidade.

Concluimos que o meio empregado, ou seja, o conteúdo dado pelo STF à súmula vinculante n.º 4, não é o que mais promove o artigo 7º, IV da Constituição Federal, além de violar o direito de propriedade do trabalhador, a segurança

jurídica e o princípio da proibição de retrocesso, carecendo a medida, destarte, do dever de proporcionalidade.

4. Por fim, entendemos por bem defender uma proposta para a nova base de cálculo do adicional de insalubridade.

Tomamos por mais coerente a tese do salário base, que tem como argumento palpável a analogia com o artigo 193, § 1º da CLT, onde é definida a base de cálculo para o adicional de periculosidade como sendo o salário, “*sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa*”. Não se pode esquecer que seria possível a adoção do salário profissional, fixado por lei, e do piso salarial ou salário normativo como base de cálculo do referido adicional, sempre que mais vantajoso ao trabalhador.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001.

_____. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Malheiros. P. 116.

CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 21.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Papel dos Juízes na democracia*. Artigo publicado junto à Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, núm. 68, pág. 345.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 465.

FREITAS, Juarez. Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional. In Revista da AJURIS, nº 76, Ano XXVI, dezembro de 1999, p. 400.

HIRSCHBERG, Lothar. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. Göttingen, 1981, p.245. JAKOBS, Michael Ch. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. Köln, Carl Heymanns, 1985, p. 217.

LEITE, Glauco Salomão. A Extensão da Eficácia *Erga Omnes* e do Efeito Vinculante às Decisões de Inconstitucionalidade em Controle Difuso Pelo Supremo Tribunal Federal: Hipótese de Mutação (In)Constitucional. Disponível em <http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Mutacao_Glauco.pdf>.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Método, 2006, p.434.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade da Lei- *Unvereinbarkeitserklärung* – na Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. Disponível em <<http://br.geocities.com/profpito/adeclaracaoemapronunciagilmar.html>>

MENDES, Gilmar. Lei 9868/99: processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=130>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

MEYER-PFLUG, Samantha. Da eficácia das decisões na arguição de descumprimento de preceito fundamental. Revista Jurídica Virtual. Vol. 6. n. 70. março/2005.<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/artigos/Art_Samanta.htm>.

MIOZZO, Pablo Castro. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social e Sua Previsão Constitucional: *uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil*. Disponível em <http://www.ajuris.org.br/dhumanos/mhonrosa1.doc>

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal Sobre O Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da

Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em
<http://www.ihj.org.br/pdfs/artigo_lenio07.pdf>