

UMA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE: ANÁLISE SOBRE A PERSPECTIVA DA POLÍTICA JURÍDICA

DANIELA PETERMANN*

Resumo: Busca-se demonstrar no presente artigo que o adicional de insalubridade, que é uma conquista dos trabalhadores que laboram em locais nocivos à saúde, não possa ter como base de cálculo o salário mínimo tal como preceitua a Consolidação das Leis do Trabalho (artigo 192), e/ou, ainda, o salário profissional como prevê a nova redação da Súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho. No presente estudo procura-se demonstrar que a base de cálculo para o adicional de insalubridade deva ser a remuneração do trabalhador, na forma prevista na Constituição da República Federativa do Brasil (*ex vi* do artigo 7º, inciso XXIII). Contudo, para que o adicional de insalubridade tenha como base de cálculo a remuneração do trabalhador, busca-se demonstrar, além das principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais, que os princípios gerais do Direito e os princípios peculiares ao Direito do Trabalho, conjugados com a moderna hermenêutica constitucional, devam ser aplicados conjuntamente, ou de forma sucessiva, com os preceitos da Política Jurídica, a qual tem fundamento, em síntese, em um direito que se gostaria de ter.

Sumário: 1. O adicional de insalubridade sob o prisma constitucional; 1.1 A base de cálculo do adicional de insalubridade na legislação infraconstitucional; 1.2 O cálculo do adicional de insalubridade após a constituição da República Federativa do Brasil de 1988; 2. Uma proposta de alteração da base de cálculo do adicional de insalubridade; 2.1 Ofensa aos princípios regentes do Direito do Trabalho pelas Súmulas 17 e 228 do TST; 2.2 Proposta de alteração legislativa no que tange à base de cálculo do Adicional de Insalubridade: uma questão de Política Jurídica.

Palavras chaves: base de cálculo; insalubridade; remuneração; salário mínimo; política jurídica.

*Advogada - OAB/SC 21.233. Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau - FURB. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes - Rio de Janeiro.

1 O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL

1.1 A base de Cálculo do Adicional de Insalubridade na Legislação Infraconstitucional

O adicional de insalubridade consiste em parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em razão de exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas como insalubres.¹

Mauricio Godinho Delgado entende que os adicionais têm característica salarial e não indenizatória, e "são calculados percentualmente sobre um parâmetro salarial. Essa característica é que os torna assimiláveis à figura das *percentagens*, mencionada no art. 457, §1º, da CLT." (grifo do autor)²

O adicional de insalubridade, que originariamente chamava-se "acréscimo de salário", foi pela primeira vez previsto no art. 6º, §1º, do Decreto-Lei nº 2.162, de 1º de maio de 1940, que incidia sobre o salário mínimo: "Conforme se trate dos graus máximo, médio ou mínimo, o aumento de salário, tomando por base o salário mínimo que vigorar para o trabalhador adulto local, será de 40%, 20% e 10%, respectivamente."³

Em 1964, pelo Prejulgado nº 08 do TST, convolado na Súmula 137: "É devido o adicional de serviço insalubre, calculado à

base do salário mínimo da região, ainda que a remuneração contratual seja superior ao salário mínimo acrescido da taxa de insalubridade".⁴

A Súmula 17 do TST, nascida com a Resolução Administrativa nº 28/69, trouxe outra base de incidência do adicional de insalubridade: "O adicional de insalubridade devido a empregado que percebe, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, salário profissional, será sobre este calculado".⁵

A CLT, em seu artigo 192, com a redação vinda com a Lei nº 6.514/77, estabelece que é o "salário mínimo da região" a base de cálculo do adicional de insalubridade, *in verbis*:

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 mí-

"O adicional de insalubridade consiste em parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em razão de exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas como insalubres."

nimo.⁶

Nesse sentido é a Súmula 228 do TST, advinda com a Resolução nº 14/85, DJ, 19.09.85: "O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário-mínimo de que cogita o artigo 76 da Consolidação das Leis do Trabalho."⁷

¹DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 735.

²DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. p. 736.

³DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. 1. ed. São Paulo: Jufex Edições. 1998. p. 11.

⁴DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 11.

⁵DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 11-12.

⁶BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Obra coletiva de autoria da Editora Rideel com a colaboração de Anne Joyce Angher. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2002. p. 26.

⁷DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 12.

Com o surgimento da Súmula 228, a aplicabilidade da Súmula 17 ficou controversa, advindo então a Resolução do TST nº 29/94 determinando o cancelamento desta Súmula, sanando, deste modo, a controvérsia.⁸

O Decreto-Lei nº 2.284/86 trouxe a unificação do salário mínimo para todo o território nacional.⁹

Fato que fez desenvolver grande discordância na jurisprudência, foi a promulgação do Decreto-Lei nº 2.351/87, que instituiu o Piso Nacional de Salários e o Salário Mínimo de Referência, obtendo duas correntes: uma que acolhia como base de cálculo do adicional de insalubridade o Piso Nacional de Salários; e a outra, o Salário Mínimo de Referência.¹⁰

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não recepcionou o Piso Nacional de Salários e o Salário Mínimo de Referência, trazendo em seu artigo 7º, inciso IV, a vedação à vinculação do salário mínimo para qualquer fim.¹¹

Atualmente, a Resolução nº 121/03 (DJ 19.11.2003) editada pelo Tribunal Pleno do TST, restaurou a Súmula nº 17 e revisou a Súmula nº 228 que passou a ter a seguinte redação: "o percentual do adicional de insa-

lubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo as hipóteses previstas na Súmula 17"¹².

1.2 O Cálculo do Adicional de Insalubridade após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O artigo 7º, inciso XXIII da CRFB dispõe que: "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."¹³

A CLT, em seu artigo 192 informa que a base de cálculo para o adicional de insalubridade é o salário mínimo da região.

Existe intenso debate doutrinário e jurisprudencial a respeito de qual seria, a partir da promulgação da CRFB, a base a ser considerada para o cálculo do adicional de insalubridade, resultando, conforme irá se constatar a seguir, três principais correntes.¹⁴

A primeira corrente diz respeito ao entendimento de que a norma constitucional (art. 7º, XXIII) não dispõe sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade, mas que o referido adicional tem somente caráter remuneratório.¹⁵

"A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não recepcionou o Piso Nacional de Salários e o Salário Mínimo de Referência, trazendo em seu artigo 7º, inciso IV, a vedação à vinculação do salário mínimo para qualquer fim."

⁸DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 12.

⁹DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 12.

¹⁰DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 12.

¹¹DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 12.

¹²BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Adicional de insalubridade. Recurso de Revista nº 548.698/199.2. Relator: Min. José Luciano de Castilho Pereira. 30 jan. 2004. *Síntese trabalhista, administrativa e previdenciária*, São Paulo, ano XV, n. 178, p. 72, abr. 2004.

¹³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia (Org.). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 33. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 13-15.

¹⁴DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 23.

¹⁵DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 23.

Nesse sentido é o entendimento de Amauri Mascaro Nascimento:

"A Consolidação das Leis do Trabalho (art. 192) dispõe que o adicional de insalubridade é calculado sobre o salário mínimo. A Constituição não altera essa regra. Não declara que o adicional incidirá sobre a remuneração. Refere-se a adicional *de* remuneração e não a adicional *sobre* remuneração. Logo, enquanto não for elaborada lei dispondo em contrário, prevalecerá o critério da Consolidação das Leis do Trabalho." (grifo do autor)¹⁶

Portanto, como se pode observar, para essa corrente a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário mínimo, em razão de que a CRFB emprega a preposição "de" e não a preposição "sobre" no que, gramaticalmente altera o significado da palavra remuneração.¹⁷

A segunda corrente defende a tese de que a CRFB proíbe a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, conforme prevê o artigo 7º, inciso IV.

De acordo com Sebastião Geraldo de Oliveira, a CRFB é clara quando diz que o salário mínimo não pode ser vinculado. Para o autor o entendimento de que a intenção do constituinte era somente evitar a utilização do salário mínimo como fator de indexação em sentido estrito "não vem tendo acolhimento no âmbito do STF, que considera a proibição como vedação absoluta. De fato, pelo texto constitucional, a expressão 'para qualquer fim' não autoriza mesmo outro entendimento."¹⁸

Logo, para os que seguem esta corrente, deve-se utilizar outras bases de cálculo

para o adicional de insalubridade, menos o salário mínimo.

Porém, a jurisprudência dominante do TST era de que a base de cálculo do adicional de insalubridade era o salário mínimo.

Recentemente o TST, modificando sua jurisprudência, editou a Súmula 228 e restaurou a Súmula 17, verificando-se ainda que, em alguns casos este Tribunal Superior continua utilizando o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Por fim, a terceira corrente consagra a tese de que o adicional de insalubridade deve incidir sobre a remuneração.¹⁹ Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante seguem essa corrente.²⁰

Sebastião Geraldo de Oliveira também entende que a base de cálculo do adicional de insalubridade deve ser a remuneração do trabalhador, afirmando que "não se pode ignorar o vocábulo 'remuneração' constante da Carta Política, cuja acepção tem contornos bem definidos na doutrina jurídico-trabalhista, valendo ressaltar que a presunção, sobretudo no Direito Constitucional, é de que o legislador tenha preferido a linguagem técnica."²¹

Para Susy Lani Desideri, "a insalubridade corresponde a um dano efetivo, que vai, paulatinamente, comprometendo a saúde do empregado e criando as condições para o desenvolvimento de doenças profissionais. A periculosidade, a seu turno, refere-se a um dano apenas potencial, que somente ocorre por exceção."²²

¹⁶NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Teoria jurídica do salário. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 249.

¹⁷DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 26.

¹⁸OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 3. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2001. p. 344.

¹⁹DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 25.

²⁰JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Manual de direito do trabalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, v. 1, p. 474.

²¹JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Manual de direito do trabalho. p. 474.

²²DESIDERI, Susy Lani. Da insalubridade. p. 27.

Eduardo Gabriel Saad, afirma que:

“É inquestionável que os riscos produzidos pela insalubridade e aqueles outros que se originam de manipulação de explosivos ou inflamáveis se revestem da mesma gravidade, pois qualquer deles pode incapacitar o trabalhador para o serviço ou mesmo matá-lo. A diferença reside no fato de que as causas insalubres de ordinário geram doenças de forma lenta, devagar, ao passo que os explosivos e inflamáveis – de regra – têm ação simultânea, rápida, instantânea. Os efeitos, porém, desses agentes confundem-se na gravidade de que se revestem. Motivos de ordem humana ou econômica só sugerem a igualdade no cálculo dos adicionais de insalubridade e de periculosidade”.²³

Em vista disso, a CRFB ao adotar a palavra remuneração, quis corrigir a diferença no tratamento entre os adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade.²⁴

Destaca Susy Lani Desideri que deveria existir o adicional de insalubridade somente após esgotadas todas as medidas de saneamento ambiental, devendo ter um caráter ambiental:

“A Consolidação das Leis do Trabalho, no capítulo intitulado “Da Segurança e da Medicina do Trabalho”; bem como diversos regulamentos do Ministério do Trabalho garantem ao empregado, precipuamente, o direito à saúde. Logo a percepção de adicional de insalubridade como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, somente deveria surgir quando, apesar de adotadas todas as medidas possíveis de saneamento ambiental e mesmo com o uso de equipamentos de proteção, persistisse a nocividade à saúde do meio ambiente de trabalho”.²⁵

Porém a realidade é outra, como o valor a ser pago pelo adicional é ínfimo, para os empregadores é muito mais econômico remunerar a investir na qualidade do meio ambiente de trabalho, conforme esclarece Susy Lani Desideri:

“Contudo, tendo em vista a irrisoriedade do plus salarial em debate, algumas empresas preferem contraprestar o adicional ao invés de investir em medidas de saneamento ambiental, ou na aquisição de equipamentos protetores. Nesse contexto, elevar a base de cálculo do adicional de insalubridade e, conseqüentemente aumentar sua expressão econômica, contribui para desestimular o descaso para com a saúde do trabalhador”.²⁶

Cabe salientar que em setores sensíveis da sociedade, não é raro o Poder Público utilizar-se de meios impositivos para desestimular determinada atividade. Exemplo claro é o efeito extrafiscal de alguns tributos.

2 UMA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

2.1 Ofensa aos princípios regentes do Direito do Trabalho pelas súmulas 17 e 228 do TST

Para melhor visualizar o objeto de nossa crítica, que é, neste tópico, as Súmulas 17 e 228 do TST, faz-se necessário transcrevê-los novamente: “Súmula 228 - 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.”²⁷

A redação original da Súmula 228 do TST era a seguinte: “o percentual do adicio-

²³SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das leis do trabalho comentada*. 37. ed. atual. e ver. por José Eduardo Duarte Saad e Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2004, p. 182.

²⁴DESIDERI, Susy Lani. *Da insalubridade*. p. 28.

²⁵DESIDERI, Susy Lani. *Da insalubridade*. p. 28.

²⁶DESIDERI, Susy Lani. *Da insalubridade*. p. 28-29.

²⁷CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 29. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1102.

nal de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT." Tal redação foi dada pela Resolução TST n. 14/1985, DJ 19.09.1985.²⁸

A Súmula 17 que é citada na Súmula 228, ambas do TST, tinha sido cancelada em 1994 pela Resolução do TST n. 29/1994, DJ 12.05.1994, e, posteriormente, revigorada pela Resolução do TST n. 121/2003, DJ 21.11.2003, possuindo, atualmente, a seguinte redação: "o adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado."²⁹

Afirma Amauri Mascaro Nascimento que três figuras próximas são "salário mínimo, salário profissional e piso salarial, mas não se confundem."³⁰ Salário mínimo é o "valor menor que todo e qualquer empregador no país pode pagar ao assalariado."³¹ Salário profissional é o "mínimo estabelecido para um tipo de profissão como a dos engenheiros, etc."³² E piso salarial é o "mínimo previsto para uma categoria através de convenções coletivas ou sentenças normativas."³³

A partir deste momento da pesquisa, torna-se imprescindível demonstrar a teoria que nos filiamos, qual seja: a de que o adicional de insalubridade deva incidir sobre a remuneração do trabalhador. Diga-se de passagem que adotamos como conceito

operacional de remuneração o disposto no art. 457 da CLT.

A partir dessa ordem de idéias, verifica-se que as Súmulas 17 e 228 do TST não se coadunam com os princípios que regem o direito do trabalho (princípio do *in dubio pro operario*; princípio da norma mais favorável; e princípio da condição mais benéfica), posto que em desacordo, inclusive e principalmente, com os princípios constitucionais que informam os direitos sociais, que abrangem a questão do adicional de insalubridade.

Nota-se que o problema encontrado na interpretação dada ao tema pelo TST, tem seu nascedouro na concepção equivocada do Direito, aqui entendido como um modelo liberal-individualista que sustenta essa disfunção, conforme nos ensina Lênio Luiz Streck; mas, por ser um campo que ultrapassa os estreitos limites propostos para este artigo, não iremos nos aprofundar no problema da idéia do que seja (ou deva ser) o Direito.³⁴

A partir dessas premissas, não surpreende que institutos jurídicos importantes previstos na Constituição da República continuem ineficazes. Segundo ensina Lênio Luiz Streck: "há um certo fascínio pelo Direito infraconstitucional, a ponto de se 'adaptar' a Constituição às leis ordinárias (...) Enfim, continuamos a olhar o novo com os olhos do velho (...)." ³⁵

"...as Súmulas 17 e 228 do TST não se coadunam com os princípios que regem o direito do trabalho (princípio do "in dubio pro operario;" princípio da norma mais favorável; e princípio da condição mais benéfica), posto que em desacordo, inclusive e principalmente, com os princípios constitucionais que informam os direitos sociais, que abrangem a questão do adicional de insalubridade."

²⁸CARRION, Valentim. Comentários à consolidação das leis do trabalho. p. 1102.

²⁹CARRION, Valentim. Comentários à consolidação das leis do trabalho. p. 1084.

³⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Teoria jurídica do salário. p. 130.

³¹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Teoria jurídica do salário. p. 130.

³²NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Teoria jurídica do salário. p. 130.

³³NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Teoria jurídica do salário. p. 130.

³⁴STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 30.

³⁵STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. p. 30-31.

É justamente isso que vem ocorrendo, ou seja, ao invés do intérprete adaptar a legislação infraconstitucional, no caso o disposto no art. 192 da CLT, às normas constitucionais que tratam do adicional de remuneração para as atividades insalubres (art. 7º, XXIII, da CRFB), o que se vê, cristalinamente, é uma inversão de valores, negando a aplicabilidade e eficácia máxima das normas constitucionais.

O problema da eficácia das normas constitucionais passa, então, segundo Lênio Luiz Streck, pelo “tipo de justiça constitucional praticado em cada país e pelo redimensionamento do papel dos operadores do Direito.”³⁶ Em seguida afirma que “deve ficar claro que a função do Direito – no modelo instituído pelo Estado Democrático de Direito – não é mais aquela do Estado Liberal-Abstencionista.”³⁷

Em termos de jurisdição constitucional, consoante ensinamento de Lênio Luiz Streck, “duas são as alternativas que se estabelecem no constitucionalismo contemporâneo (pós-guerra): ou os tribunais apenas garantem os direitos fixados no ordenamento-marcado, sem qualquer capacidade de estabelecer posições jurídicas singulares”³⁸, ou vinculam-se à “eticidade substantiva da comunidade e podem, portanto, agir de forma a aproximar a norma da realidade”.³⁹

Nesse sentido, afirma Paulo Bonavides que o intérprete constitucional deve “prender-se sempre à realidade da vida, à ‘concretude’ da existência, compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração.”⁴⁰

É essa realidade que o TST deixou passar ao largo por ocasião da edição da nova redação da Súmula 228, e revigoramento da Súmula 17.

Não há dúvida que o art. 192 da CLT já deveria ter sido modificado pelo Poder Legislativo, o que será proposto a seguir com base nos preceitos da Política Jurídica, adequando-o à atual Constituição da República. No entanto, a inércia de um dos Poderes da República (no caso o Legislativo) pode e deve, segundo Lênio Luiz Streck, “ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.”⁴¹

Para Lênio Luiz Streck a eficácia das normas constitucionais exige um “redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário [...] nesse complexo jogo de forças”⁴², na medida em que, segundo o autor, se coloca o seguinte paradoxo: “*uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídica-judiciária que, reiteradamente, (só) nega a aplicação de tais direitos.*” (grifo do autor)⁴³

O TST por se configurar um Tribunal Superior, órgão máximo em matéria infraconstitucional trabalhista, deveria ter determinado o conteúdo material da Constituição, expurgando o salário mínimo como base de cálculo da insalubridade, ou seja, além de não ter aplicado a remuneração, restringiu a eficácia da norma constitucional em atitude de flagrante inconstitucionalidade. Paulo Bonavides, discorrendo sobre o método interpretativo de concretização, “considera

³⁶STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. p. 31-32.

³⁷STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. p. 31-32.

³⁸STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. p. 34-35.

³⁹STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. p. 35.

⁴⁰BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2002. p. 437.

⁴¹STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. p. 33.

⁴²STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. p. 29.

⁴³STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. p. 29.

a interpretação constitucional uma concretização, admitindo que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição.⁴⁴

A nova redação dada pelo TST à Súmula 228, que dispôs sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade, implicou em retrocesso social, posto que mitigou a aplicação de um direito social positivado na Constituição da República (art. 7º, XXII).

Segundo Lenio Luiz Streck, tais “valores substantivos fazem parte do núcleo político da Constituição, que aponta para o resgate das promessas de igualdade, justiça social, realização dos direitos fundamentais.”⁴⁵ Em seguida, referido autor ensina que da “materialidade do texto constitucional extrai-se que o Estado Democrático de Direito, na esteira do constitucionalismo do pós-guerra, consagra o princípio da democracia econômica, social e cultural, mediante os seguintes pressupostos deontológicos (grifo do autor).⁴⁶ Um dos pressupostos de que fala o autor, é justamente a vedação de retrocesso nas garantias sociais. Em suas palavras: “implica a proibição de retrocesso social, cláusula que está implícita na principiologia do estado social constitucional”.⁴⁷

Para Paulo Bonavides “a moderna interpretação da Constituição deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal, que tanto prosperou na época do Estado liberal”⁴⁸.

A Súmula 228 do TST foi criada de forma dissociada dos princípios que regem o Direito do Trabalho e, principalmente, com os da Constituição da República, método tí-

pico, segundo Paulo Bonavides, dos formalistas do positivismo: “A objeção [...] à técnica interpretativa dos formalistas do positivismo é indubitavelmente aquela referente à frieza ou indiferença com que eles, violentando a norma jurídica, costumam aplicá-la fora do conjunto no qual cobra seu preciso sentido.”⁴⁹

José Afonso da Silva⁵⁰ afirma que não basta que a legislação infra-constitucional (ou atos normativos autônomos – ex. *Decretos do Presidente da República expedidos com base no art. 84, VI, da CRFB*) se coadune com os princípios e normas constitucionais, mas, também, se exige uma atuação positiva de acordo com a constituição, vedando, desta forma, a omissão na aplicação das normas constitucionais, tal qual ocorreu na edição da Súmula 228 pelo TST, quando se deixou (o TST) de fixar adequadamente, na condição de intérprete ‘concretizador’, já que houve falta de atuação do Poder Legislativo, a base de cálculo da insalubridade.

Dos princípios e regras interpretativas das normas constitucionais elaborados por Canotilho, citado por Alexandre de Moraes, adotamos em nosso artigo especialmente dois, quais sejam: o “princípio da máxima efetividade ou da eficiência”. Tal princípio informa que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda”⁵¹; bem como o “princípio da força normativa da constituição”, que tem o condão de informar que “entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais”.⁵²

⁴⁴BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. p. 439.

⁴⁵STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. p. 33.

⁴⁶STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. p. 33.

⁴⁷STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. p. 33-34.

⁴⁸BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. p. 434.

⁴⁹BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. p. 437.

⁵⁰SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2003. p. 46.

⁵¹MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 44.

⁵²MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. p. 45.

Segundo se depreende da dicção da Súmula 228 do TST não houve observância de princípios peculiares ao Direito do Trabalho, quais sejam: princípio do *in dubio pro operario*; princípio da norma mais favorável; e princípio da condição mais benéfica. Ao intérprete, no caso de conflitos de normas trabalhistas, deverá lançar mão da norma mais favorável ao trabalhador, seja em caso de dúvida na aplicação da norma isoladamente considerada, seja na interpretação de duas ou mais normas trabalhistas. E, por fim, estando a remuneração como base de cálculo do adicional de insalubridade prevista na CRFB, conforme já defendido neste artigo, tal direito encontra-se incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador, não podendo ser mitigado por legislação ordinária ou entendimento jurisprudencial.

Se tivesse sido aplicado, pelo TST, o princípio da máxima eficiência/eficácia da norma constitucional (art. 7º, XXIII, da CRFB), a base de cálculo do adicional de insalubridade deveria ser a remuneração do empregado, e não o salário profissional do mesmo, em consonância com o também lembrado princípio da força normativa da constituição.

Por fim, não há como atribuir às Súmulas 17 e 228 do TST, interpretação conforme a constituição. Tal forma de interpretação somente será possível, segundo Alexandre de Moraes, "quando a norma apresentar vários significados, uns compatíveis com as normas constitucionais e outros não"⁵³. Prosseguindo em seu pensamento, o autor adota ensinamento de Canotilho em que a interpretação conforme a constituição só é legítima quando "existe um espaço de

decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela". (grifo do autor)⁵⁴

As Súmulas 17 e 228 são bastante claras no que tange à opção adotada pelo TST para a base de cálculo do adicional de insalubridade (observando-se que salário profissional é diferente de remuneração) destoando, flagrantemente, da opção adotada pela CRFB.

Assim sendo, chega-se à conclusão inevitável da inconstitucionalidade material das Súmulas 17 e 228, ambas do TST, por não terem adotado a remuneração como base de cálculo da insalubridade. Tal entendimento não deriva somente do apontamento dos princípios constitucionais e do Direito do Trabalho ofendidos, mas, também e principalmente, por não se coadunar com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que foi alçado à categoria de direito fundamental e imutável, qual seja: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB).

"... não há como atribuir às Súmulas 17 e 228 do TST, interpretação conforme a constituição."

2.2 Proposta de alteração legislativa no que tange à base de cálculo do Adicional de Insalubridade: uma questão de Política Jurídica

Norberto Bobbio, quando trata dos fundamentos dos direitos do homem, traça um interessante paralelo sobre o direito instituído (*direito que se tem*), e o direito a ser instituído (*direito que se gostaria de ter*), *verbis*:

"O problema do fundamento de um direito apresenta-se diferentemente confor-

⁵³MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. p. 45.

⁵⁴MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. p. 45.

me se trate de buscar o fundamento de um *direito que se tem* ou de um *direito que se gostaria de ter*. No primeiro caso, investigo no ordenamento jurídico positivo, do qual faço parte como titular de direitos e deveres, se há uma norma válida que o reconheça e qual é essa norma; no segundo caso, tentarei buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão e para convencer o maior número possível de pessoas (sobretudo as que detêm o poder direto ou indireto de produzir normas válidas naquele ordenamento) a reconhecê-lo” (grifo do autor).⁵⁵

A atual redação do art. 192 da CLT já foi declarada, em parte (base de cálculo), inconstitucional pela 1ª Turma do STF, por ter vinculado o adicional de insalubridade ao salário mínimo. No entanto, tal norma somente deixará de existir, formalmente, em nosso ordenamento jurídico, enquanto não for suspensa por resolução do Senado Federal (art. 52, X, da CRFB), por ter sido declarada através do controle difuso de constitucionalidade⁵⁶, ou enquanto não for revogada por ato normativo emanado do Congresso Nacional (lei ordinária).

Nessa parte da pesquisa, se cuidará somente, utilizando-se das palavras de Norberto Bobbio, “do direito que se gostaria de ter”⁵⁷. Assim sendo, adotar-se-á os ensinamentos da Política Jurídica, a fim de se dar cientificidade à proposta de alteração legislativa (art. 192 da CLT) procedida neste trabalho acadêmico.

O conceito de Política Jurídica, tão diverso nos compêndios jurídicos, encontrou em Osvaldo Ferreira de Melo contornos

mais claros e objetivos. Assim, a Política Jurídica, pode ser conceituada como:

“1. Disciplina que tem como objeto o Direito *que deve ser e como deva ser*, em oposição funcional à Dogmática Jurídica, que trata da interpretação e da aplicação do Direito que é, ou seja, do Direito vigente. 2. Diz-se do conjunto de estratégias que visam à produção do conteúdo da norma, e sua adequação aos valores *Justiça (V) e Utilidade Social (V)*” (grifo do autor).⁵⁸

Em seguida, o autor complementa seu conceito, indicando o alcance da Política Jurídica, ao dizer que se trata de um “complexo de medidas que têm como objetivo a correção, derrogação ou proposição de normas jurídicas [...], tendo como referente a realização dos valores jurídicos. 4. O mesmo que Política do Direito”⁵⁹.

Osvaldo Ferreira de Melo, fazendo menção à Hans Kelsen, explica que o notável pensador, em momento algum afirmou, ou mesmo insinuou, que o Direito vigente fosse realmente a melhor alternativa para a conduta humana, *verbis*:

“Ao confrontar o objeto da Ciência do Direito com o da Política do Direito, [Política do Direito e Política Jurídica possuem o mesmo significado] Kelsen deixou a cargo desta não o exame de uma realidade a ser descrita, mas a possibilidade permanente de buscar o direito melhor, com o que resguardou também a perenidade do objeto do que entendia ser a Ciência do Direito, pois mesmo que um projeto de reconstrução axiológica venha a ser concretizado, esse objeto continuará sendo o de descrever as normas então reconstruídas”⁶⁰.

⁵⁵BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, 19. Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 15.

⁵⁶“Verifica-se o controle difuso ou jurisdição constitucional quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário”. (SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 284).

⁵⁷BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 15.

⁵⁸MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. Florianópolis: OAB Editora, 2000, p. 74.

⁵⁹Importante ressaltar que Melo considera a Política Jurídica como *disciplina*, enquanto que para César Luiz Pasold, trata-se de *ciência*, conforme este assevera no prefácio da obra de Osvaldo Ferreira de Melo. (MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998, p. 11).

⁶⁰MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*, p. 130.

Nesse sentido, Osvaldo Ferreira de Melo afirma que "Se a investigação do caso concreto resultar na convicção de estarmos na presença de uma norma que perdeu seu princípio vital e por isso sua capacidade para resolver um conflito, teremos encontrado um elemento desativado no sistema jurídico⁶¹". E arremata: "Será o caso de afastar do sistema essa norma indesejada socialmente e propor, com apoio do conhecimento político-jurídico, a norma adequada⁶²".

Todos os fundamentos encontrados sobre a indesejabilidade da atual redação ao art. 192 da CLT já foram descritos neste artigo. Mas, por sua pertinência temática, recomendável trazer novamente ensinamento de Sebastião Geraldo de Oliveira⁶³, o qual entende que a atual base de cálculo não é socialmente adequada, por não estimular os empresários a adequarem o ambiente do trabalho, deixando, desta forma, de dar guarida a um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito: "os valores sociais do trabalho" (art. 1º, IV, da CRFB).

No caso da Política Jurídica, seus valores fundamentais são a busca do *justo* e do *socialmente útil*, parâmetros a partir dos quais propõe o *Direito que deva ser*, ou seja, do *Direito desejado* pela Sociedade

de⁶⁴ (um Direito melhor). Osvaldo Ferreira de Melo afirma que "a norma jurídica, para ganhar um mínimo de adesão social que a faça obedecida e portanto materialmente eficaz, deve ser matizada pelo sentimento e idéia do ético, do legítimo, do justo e do útil"⁶⁵.

O trabalho exercido em condições insalubres, segundo Eduardo Gabriel Saad, possui as mesmas mazelas dos outros adicionais (periculosidade, por exemplo), informando que "a diferença reside no fato de que as causas insalubres de ordinário geram doenças de forma lenta, devagar, ao passo que os explosivos e inflamáveis — de regra — têm ação simultânea, rápida, instantânea"⁶⁶. Prosseguindo em seu pensamento, o autor encontra um conflito de normas inexplicável: "motivos de ordem humana ou econômica só sugerem a igualdade no cálculo dos adicionais de insalubridade e de periculosidade."⁶⁷ E, finaliza dizendo: "Mas, estranhamente, a CLT manda calcular o primeiro com base no salário mínimo e, o segundo, sobre o salário contratualmente ajustado e despojado das gratificações, prêmios e participação nos lucros."⁶⁸

Sebastião Geraldo de Oliveira⁶⁹ encontrou, mesmo que implicitamente, uma

*"No caso da Política
Jurídica, seus valores
fundamentais são a busca
do justo e do socialmente
útil, parâmetros a partir
dos quais propõe o Direito
que deva ser, ou seja, do
Direito desejado pela
Sociedade
(um Direito melhor)."*

⁶¹MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de política jurídica. p. 17.

⁶²MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de política jurídica. p. 17.

⁶³OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. p. 346.

⁶⁴"Lato sensu, sistema social em que se identifica uma comunidade de interesses e alguns fins comuns, embora difusos. É nesta acepção que, na linguagem político-jurídica, se enuncia a *Justiça Social* e a *Utilidade Social* da norma." (grifo do autor) (MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de política jurídica. p. 89).

⁶⁵MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de política jurídica. p. 20.

⁶⁶SAAD, Eduardo Gabriel. Consolidação das leis do trabalho comentada. p. 182.

⁶⁷SAAD, Eduardo Gabriel. Consolidação das leis do trabalho comentada. p. 182.

⁶⁸SAAD, Eduardo Gabriel. Consolidação das leis do trabalho comentada. p. 182.

⁶⁹OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. p. 346.

violação ao princípio da igualdade material positivado na Constituição da República (art. 5º, *caput*, da CRFB), que diferencia, de modo injustificável, a base de cálculo para os empregados regidos pela CLT (art. 192), e dos servidores públicos regidos pela Lei n. 8.112/90.

A ofensa ao princípio da isonomia (igualdade material) justifica, com mais um sólido fundamento, a proposta de alteração/correção do art. 192 da CLT por parte do Poder Legislativo, especialmente em razão do Poder Judiciário não poder funcionar, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, como legislador positivo, ainda que sob fundamento de isonomia (salvo em raras exceções – sentença normativa proferida pela Justiça do Trabalho).

Não há dúvida que o direito vigente que dispõe sobre a base de cálculo da insalubridade – art. 192 da CLT - (e inclusive as Súmulas 17 e 228 do TST) não possuem, conforme amplamente demonstrado neste artigo, adequação aos valores: “Justiça⁷⁰” e “Utilidade Social⁷¹”, valores estes, aliás, demonstrados com base nos ensinamentos da Política Jurídica.

A alteração se faz necessária e urgente, devendo-se adotar a remuneração como base de cálculo da insalubridade, a fim de torná-lo mais justo, legítimo e útil. As propostas de reformas e correções na legislação vigente, segundo nos ensina Osvaldo Ferreira de Melo, é uma das tarefas da Política Jurídica:

“O político do direito não precisa de armaduras, uniformes ou distintivos. É uma figura bem mais prosaica e objetiva, em que

peça sua importância social. Será o advogado, o parecerista, o professor, o assessor jurídico, o juiz, o legislador, enfim todo aquele que, impregnado de humanismo jurídico e treinado na crítica social, apresente-se com a perspectiva das possibilidades, ponha sua sensibilidade e sua experiência a serviço da construção de um direito que pareça mais justo, legítimo e útil”⁷².

No entanto, conforme alerta Osvaldo Ferreira de Melo, a tarefa de propor reformas e correções na legislação vigente, deve “significar para o Político do Direito apenas uma preocupação imediata que a conjuntura do cotidiano lhe vai impondo⁷³”. Para o autor, o “futuro exigirá não apenas leis reformadas ou corrigidas, mas o próprio Direito reconceituado, cujo alcance não se resume a permitir, impedir ou sancionar condutas do dia-a-dia, mas que seja capaz de reordenar, em novas bases éticas, toda a convivência social⁷⁴”. E conclui: “redefinindo o papel do Estado e dos cidadãos perante as reais necessidades da vida, historicamente escamoteadas pela retórica do Poder que pretendeu sempre justificar formas injustas de dominações e privilégios⁷⁵”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 19. Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2002.

⁷⁰ “Valor fundamental do Direito e por isso objetivo permanente de toda ação político-jurídica.” (MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. p. 56).

⁷¹ “Num critério político-jurídico, uma das qualidades que deve ter a norma e, assim, merecer integrar um sistema jurídico. Consiste sempre na resposta adequada a uma legítima necessidade coletiva.” (MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. p. 96).

⁷² MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 132.

⁷³ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 133.

⁷⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 133.

⁷⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 133.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívia (Org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 33. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Obra coletiva de autoria da Editora Rideel com a colaboração de Anne Joyce Angher. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2002.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Razoabilidade – Proporcionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1063. Relator: Min. Celso de Mello. 18 mai. 2004. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, ano 15, n. 52, p. 567, jun. 2004.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Adicional de insalubridade. Recurso de Revista nº 548.698/199.2. Relator: Min. José Luciano de Castilho Pereira. 30 jan. 2004. **Síntese trabalhista, administrativa e previdenciária**, São Paulo, ano XV, n. 178, p. 72, abr. 2004.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 29. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 735.

DESIDERI, Susy Lani. **Da insalubridade**. 1. ed. São Paulo: Julex Edições. 1998.