

Brasília, 18 de Setembro de 2008.

À Federação Nacional dos Médicos- FENAM.

A/C

EMENTA: Salário mínimo, vedação, base de cálculo, pagamento, adicional de insalubridade.

Trata-se de parecer requerido pela Federação Nacional dos Médicos- FENAM sobre qual a base de cálculo a ser utilizada para o pagamento de adicional de insalubridade.

Eis um breve relatório.

O adicional de insalubridade possuía como base de cálculo o salário mínimo, conforme inteligência do art. 192 da CLT, e no entendimento esposado pelo TST, na antiga redação de sua Súmula n. 228, que vigorava da seguinte forma, até 25.06.2008 :

“Nº 228 Adicional de insalubridade. Base de cálculo **O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo** de que cogita o art. 76 da CLT, salvo as hipóteses previstas na Súmula nº 17.”

A única ressalva à regra estabelecida no art. 192 da CLT, encontrava-se na **súmula n. 17 do TST, que foi cancelada em face da nova redação da súmula n. 228 do TST**, que dizia que o adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional, será sobre este calculado.

Via de regra, de acordo com os normativos acima citados, para o pagamento do adicional de insalubridade utilizava-se como base de cálculo o salário mínimo, e como exceção, o pagamento do adicional de insalubridade era feito utilizando-se como base de cálculo o salário profissional, se este fosse estabelecido por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa.

DA VIOLAÇÃO AO INCISO IV, ART. 7º DA CF/88.

O Supremo Tribunal Federal, tendo em vista recentes pronunciamentos, firmou entendimento no sentido de que a fixação de salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade contraria o disposto no inciso IV, art. 7º da CF/88. Senão vejamos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV - **salário mínimo**, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, **sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;**

Haja vista tais pronunciamentos, o STF editou a Súmula Vinculante nº 4, publicada no dia 09 de maio de 2008, em que 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 empregado**, nem ser substituído por decisão judicial.

DOS PRECEDENTES ENSEJADORES DA EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº. 4 DO STF

A referida súmula, veio para pacificar entendimento antes divergente sobre a matéria. O entendimento quanto à utilização do salário mínimo como base de cálculo de adicional de insalubridade, vinha sendo adotado pela 2ª Turma do STF, afastando-se tão somente a adoção do salário mínimo como indexador. Nesse sentido, o RE 458.802, assim ementado:

“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.

Decisão

A Turma, por votação unânime, conheceu do recurso extraordinário e lhe negou provimento, nos termos do voto da Relatora. 2ª Turma, 06.09.2005”

No entanto, no julgamento do AgRAI 499.211, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu ser inconstitucional a vinculação da base de cálculo do adicional de insalubridade ao salário mínimo, por ofensa ao artigo 7º, IV da CF/88. A decisão restou assim ementada:

“EMENTA: Adicional de insalubridade: vinculação ao salário mínimo, estabelecida pelas instâncias ordinárias, que contraria o disposto no art. 7º, IV, da Constituição.”

A referida decisão gerou precedente que passou a ser seguido pelos membros desta Douta Suprema Corte, **culminando na edição da Súmula Vinculante nº 4**, pacificando o entendimento quanto à vedação da vinculação do salário mínimo como base de cálculo das vantagens de servidor público e de empregado, o que inclui o adicional de insalubridade.

DA NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA Nº. 228 DO TST

Haja vista o entendimento dissonante do TST com relação à matéria, este se viu forçado a rever suas súmulas, a fim de adequá-las à Súmula Vinculante nº 4 do STF, dando nova redação a Súmula n. 228. Senão vejamos:

“Nº 228 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008) - Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008

A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, **o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.”**

A nova redação da Súmula n. 228 do TST, passou a definir como base de cálculo do adicional de insalubridade, o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo, haja vista a vedada à vinculação ao salário mínimo como indexador de base de cálculo de vantagem.

Ocorre que a Confederação Nacional da Indústria – CNI, interpôs Reclamação nº. 6266, com pedido de liminar, em face da nova redação da Súmula n. 228 do TST, sustentando que a nova redação da referida Súmula, conflita com a Súmula Vinculante nº 4 desta Corte, ao fixar o salário básico como base de cálculo do adicional de insalubridade.

DA SUSPENSÃO DA APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº. 228 DO TST

Com efeito, o Ministro Gilmar Mendes concedeu medida liminar para suspender a aplicação da Súmula nº 228/TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade.

O Ministro Gilmar Mendes, assevera que a Suprema Corte, no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante nº 4, entendeu que o adicional de insalubridade **deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva**. Entende que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de cálculo, seja como indexador, **antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade**.

Trago à baila, o inteiro teor da decisão liminar proferida na Reclamação nº. 6266:

“DECISÃO: Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI, em face da decisão proferida pelo Plenário do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que editou a Resolução nº 148/2008 e deu nova redação ao verbete nº 228 da Súmula daquele Tribunal (Súmula nº 228/TST), nos seguintes termos:

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.”

Em síntese, a título de plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni iuris*), a reclamante sustenta que a nova redação da Súmula nº 228/TST conflita com a Súmula Vinculante nº 4 desta Corte, ao fixar o salário básico como base de cálculo do adicional de insalubridade.

No que tange à urgência da pretensão cautelar (*periculum in mora*), a reclamante alerta para a “gravíssima insegurança jurídica”, além de “reflexos danosos e irreparáveis para os empregadores representados pela CNI” e “a proliferação *incontinenti* de ações, já passíveis de ajuizamento desde a publicação da Resolução do Tribunal Superior do Trabalho nº 148/2008, que dá nova redação à Súmula nº 228” (fl. 08).

Passo a decidir.

O art. 7º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, dispõe que “da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação”.

À primeira vista, a pretensão do reclamante afigura-se plausível no sentido de que a decisão reclamada teria afrontado a Súmula Vinculante nº 4 desta Corte:

“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.”

Com efeito, no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante nº 4 (RE 565.714/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Sessão de 30.4.2008 - Informativo nº 510/STF), esta Corte entendeu que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva.

Dessa forma, com base no que ficou decidido no RE 565.714/SP e fixado na Súmula Vinculante nº 4, este Tribunal entendeu que não é possível a substituição do salário mínimo, seja como base de

cálculo, seja como indexador, antes da edição de lei ou celebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade.

Logo, à primeira vista, a nova redação estabelecida para a Súmula nº 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante nº 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa.

Ante o exposto, defiro a medida liminar para suspender a aplicação da Súmula nº 228/TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade .

Comunique-se, com urgência, e, no mesmo ofício, solicitem-se informações.

Após, abra-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República (RI/STF, art. 160).

Publique-se.

Brasília, 15 de julho de 2008.

Ministro **GILMAR MENDES**

Presidente

(art. 13, VIII, RI/STF)”

Ante o exposto, a base de cálculo do adicional de insalubridade, haja vista a decisão liminar do STF acima colacionada, continuará sendo o salário mínimo, enquanto não houver norma ulterior regulamentando a base de cálculo do adicional de insalubridade. Com as ressalvas de futura alteração no entendimento esposado na presente peça, em função da presente ação epigrafada não ter dito ainda julgamento de mérito.

Este é o nosso parecer.

Rafaela Mata e Paes
OAB/DF 26.472

Thais M^a S. Riedel de Resende
OAB/DF nº 20.001