

PARECER Nº 02/2011/JURÍDICO/CNM.

INTERESSADOS: DIVERSOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS.

ASSUNTOS: BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS.

DA CONSULTA:

Trata-se de consulta formulada por diversos prefeitos e servidores municipais a respeito da base de cálculo do adicional de insalubridade a ser pago a seus servidores.

DO PARECER:

De início, cumpre esclarecer que Municípios celetistas e estatutários apresentam base de cálculo e fato gerador diversos em relação ao adicional de insalubridade.

Por isso, neste primeiro momento, focaremos nossa atenção aos servidores regidos pela CLT (empregados públicos), ao mesmo tempo em que elaboraremos um resumo histórico do posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) acerca do tema.

A) Empregados Públicos (celetistas):

A Súmula nº 17,¹ do TST, previa que o adicional de insalubridade incidiria sobre o salário mínimo, a não ser nos casos em que acordo coletivo, convenção coletiva, sentença normativa ou lei fixassem um salário profissional – ocasião em que incidiria sobre um desses.

¹ **TST – Súmula nº 17 – Adicional de Insalubridade**

O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado.

A referida súmula foi cancelada pela Resolução nº 148, de 26/6/2008, em sessão do Tribunal Pleno do TST. A Corte Suprema Trabalhista decidiu que o adicional de insalubridade teria como base de cálculo o salário básico do empregado – que passou a ser a nova redação da Súmula nº. 228 do TST.

Essa súmula nº. 228 prevê:

SÚMULA 228. 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.

A redação acima foi impulsionada pela previsão da Súmula Vinculante nº. 4, do Supremo Tribunal Federal, editada em 9/5/2008, que tem os seguintes termos: “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”.

Em 2009, no entanto, o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação nº. 6.266-0 (DJE de 5/8/2009), suspendeu liminarmente a aplicação da Súmula nº. 228, do TST, na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade. ²

A partir dessa decisão, então, apesar de reconhecer a proibição constitucional de vinculação de qualquer vantagem ao salário mínimo, o STF decidiu que não é possível julgar procedentes pedidos para que a base de cálculo do adicional de insalubridade seja calculada sobre o total da remuneração, ante a impossibilidade de atuar como legislador positivo. Nesse mesmo sentido, cita-se outra decisão também da lavra da ministra Cármen Lúcia. ³

² Ainda não houve o julgamento de mérito do feito, que se encontra concluso com a ministra Cármen Lúcia (Relatora).

³ RE 457380 AgR / RS – relatora ministra Cármen Lúcia; Primeira Turma do STF; DJE-045, publicado 12/3/2010.

A solução dada à questão pelo STF foi aquela que a doutrina constitucional alemã denomina – *Unvereinbarkeitserklärung* –, ou seja, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade. A norma, não obstante ser declarada inconstitucional continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se substituir ao legislador para definir critério diverso para a regulação da matéria.

Em suma, portanto, até que lei formalmente elaborada trate a respeito do assunto, a base de cálculo a ser utilizada para o adicional de insalubridade é o salário mínimo.

B) Servidores Públicos (estatutários):

Conforme já informado inicialmente, a posição acima se restringe aos Municípios que adotam a Consolidação das Leis do Trabalho para reger seus funcionários. Os servidores municipais estatutários não estão vinculados à mesma conclusão. Quando os Municípios que não adotam a CLT resolvem pagar o referido adicional, não estão adstritos aos fatos geradores definidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego, nem à base de cálculo do salário mínimo.

É o próprio ente municipal que opta se paga ou não o adicional de insalubridade, de acordo com sua lei municipal, uma vez que o art. 39, § 3º da Constituição Federal não faz menção ao art. 7º, XXIII do mesmo diploma. Ademais, é ele que determina a feitura de laudo técnico com definição das atividades insalubres. Igualmente, o Município que adota regime jurídico único estatutário tem competência para definir a base de cálculo do adicional de insalubridade – que pode ser diferente de um salário mínimo (por exemplo, o menor padrão de vencimento municipal), a depender da realidade local.⁴

A confirmar esse entendimento, citam-se decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

A. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. MUNICÍPIO DE CACHOEIRA DO SUL. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.

⁴ Necessário informar que há decisões judiciais determinando que o menor padrão de vencimento municipal seja igual a um salário-mínimo.

I – SERVIDORAS CELETISTAS. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO.

Vertendo a lide sobre relação de trabalho existente entre o Município e servidor público sob o regime da Consolidação das Leis Trabalhistas é competente a Justiça do Trabalho para o seu julgamento, nos termos do art. 114 da Carta Magna. Nulidade dos atos decisórios (art. 113, § 2º, do CPC).

II – SERVIDORES ESTATUTÁRIOS.

O administrador público está adstrito ao Princípio da Legalidade. O Município tem competência para legislar sobre assuntos locais, com fulcro no art. 30, inciso I, da Constituição Federal.

Na hipótese, porque não regulamentado o art. 88 da Lei Municipal nº 2.751/94 (Regime Jurídico Único dos Servidores Municipais) que instituiu a percepção do adicional de insalubridade, não se reconhece o pagamento respectivo.

A concessão do adicional de insalubridade segue as normas estabelecidas pela legislação municipal, não sendo aplicável a legislação celetista nas relações estatutárias. O Laudo Pericial não supre a falta de legislação regulamentadora. Precedentes da Câmara. (Apelação Cível nº 70014181523; Terceira Câmara do TJ/RS; novembro de 2006).

B. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO ORDINÁRIA. MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO. 1. É de ser reconhecida a competência da Justiça Estadual para apreciar o feito em que se discute o direito dos servidores estatutários. 2. Não tendo sido demonstrada, de forma robusta, a efetiva realização do serviço extraordinário noticiado pela servidora, afasta-se o requerimento de condenação do Estado ao pagamento de horas extras. 3. Diante da comprovação, por meio de prova pericial, de que as atividades desempenhadas pela demandante afiguram-se como insalubres, impõe-se a condenação do ente público ao pagamento do respectivo adicional, em grau máximo, apurado sobre o menor padrão de vencimentos de cargo efetivo do Município, conforme previsão expressa da Lei Municipal n. 4276/1996 (art. 4º, § 2º, alínea c). 4. Inexistindo prova de prestação de horas extras, é de ser afastado o pedido de incidência reflexa do adicional de insalubridade sobre a remuneração correspondente. 5. Tratando-se de servidor mensalista, o repouso salarial remunerado já se encontra incluído em seu vencimento básico. 6. Acolhido o pleito ministerial de compensação dos honorários advocatícios. Voto vencido. APELAÇÕES DESPROVIDAS, À UNANIMIDADE. PLEITO MINISTERIAL ACOLHIDO, POR MAIORIA. SENTENÇA CONFIRMADA, EM SEUS DEMAIS TERMOS, EM REEXAME NECESSÁRIO, À UNANIMIDADE. (Apelação e Reexame Necessário nº 70021936448, Terceira Câmara Cível do TJ/RS; dezembro de 2007).

C. Ementa: 1 – Administrativo. Município do Rio de Janeiro. Servidor Público. Adicional de insalubridade. Alegação dos autores de que o pagamento do referido adicional está vinculado ao salário mínimo, isto que é vedado pela Constituição da República. Sentença de improcedência. 2. O valor da gratificação de insalubridade corresponderá 10%, 20% ou 40% do menor vencimento fixado para o funcionário público do Município. Art. 2º, do Decreto Municipal 6146/86. 3. Inexistência de prova de que há vinculação entre os valores do adicional com o salário mínimo. Ônus que incumbia aos autores. Inteligência do art. 333, I, CPC. 4. Manutenção da sentença. Recurso ao qual é negado liminar seguimento. Aplicação do art. 557 do CPC. (Apelação nº 0381717-75.2008.8.19.0001, Quarta Câmara Cível do TJ/RJ; novembro/2010).

C) Conclusões:

Frente aos comentários retro, cumpri-nos, ao final, informar:

a) os Municípios que adotam a CLT para disciplinar seus funcionários devem respeitar a decisão do STF em relação ao adicional de insalubridade e utilizar como base de cálculo o salário mínimo.

b) já os entes municipais que possuem servidores públicos estatutários têm a liberalidade de, por meio de norma municipal, definir as atividades insalubres e a base de cálculo do referido adicional.

c) em nenhum dos casos (celetista ou estatutário), os Municípios estão obrigados a utilizar como base de cálculo do adicional em tela o salário/vencimento do servidor.

Este é o nosso parecer.

Brasília, 7 de fevereiro de 2011.

Fábio Luiz Pacheco – OAB/RS n.º 65.919
Consultor Jurídico da CNM.

Elena Garrido – OAB/RS n.º 10.362
Diretora Jurídica da CNM.