(IM)POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO PELO JUDICIÁRIO DA BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EM CASO DE OMISSÃO LEGISLATIVA

Por Amanda Torquato

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 565.714, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia e no qual foi reconhecida a repercussão geral da temática apreciada, decidiu não ser legítimo o cálculo do adicional de insalubridade de servidores públicos com base no salário mínimo. Contudo, entendeu-se que o Judiciário não poderia substituir a base de cálculo do benefício, sob pena de atuar como legislador positivo.

Tal posicionamento, inclusive, foi sedimentado na Súmula Vinculante nº 4: *"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****."*

Como se percebe, prevaleceu no STF o entendimento de que o salário mínimo não pode ser utilizado como indexador do adicional de insalubridade ou outros benefícios pagos a servidores. Em contrapartida, foi garantida a manutenção desse parâmetro até que nova lei seja editada, haja vista que o Judiciário não pode realizar sua substituição sem o comprometimento da separação dos poderes.

É o que destaca o E. Ministro Gilmar Mendes em importante reflexão realizada na Reclamação nº 6266, julgada em 15/07/2008:

> *"Com efeito, no julgamento que deu origem à mencionada Súmula Vinculante n° 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 n° 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*** *oucelebração de convenção coletiva que regule o adicional de insalubridade.*

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

A grande celeuma reside, entretanto, em saber se é possível ao Judiciário alterar o parâmetro adotado pelo ente federado quando existe previsão expressa de percepção do adicional de insalubridade pelos servidores com base no salário mínimo.

A primeira solução surge do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 1.0313.09.292596-2/004, apreciado pela Corte Superior do Eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 28/03/2012, e que envolvia o Município de Ipatinga. Por maioria, o órgão decidiu pela manutenção excepcional do salário mínimo como base de cálculo até a edição de nova lei municipal, "*já que não pode o Poder Judiciário atuar como legislador positivo e substituir, ele próprio, os critérios legais de cálculo*"[1].

Destacou-se nesse julgado que, mesmo em relação ao artigo 192 da CLT, o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo enquanto não superada a inconstitucionalidade do dispositivo por meio de lei ou negociação coletiva. Tratar-se-ia da aplicação prática da orientação fixada pela Súmula Vinculante nº 4.

Ocorre que, apesar de pertinente a orientação do Tribunal Mineiro, alguns julgados da Suprema Corte têm permitido a fixação do vencimento básico do servidor como base de cálculo do adicional de insalubridade em razão da omissão legislativa. Sustenta-se que a Súmula Vinculante nº 4 vedaria apenas a alteração do indexador estabelecido em lei e a vinculação ao salário mínimo[2].

---

[1] Trecho extraído do voto vencedor proferido pelo Relator do feito, Des. Wander Marotta.

[2] "*(...).2. Direito Administrativo. 3. Base de cálculo do adicional de insalubridade. 4. Ausência de legislação local que discipline o tema. 5. Vedação de vinculação da base de cálculo do referido adicional ao salário mínimo. Jurisprudência do STF. 6. Acórdão do Tribunal de origem que, ante a omissão legislativa e a impossibilidade de vinculação ao salário minimo, fixa a base de cálculo do adicional de insalubridade de acordo com os vencimentos básicos do servidor. Não há contrariedade à orientação fixada pelo STF, que apenas veda ao Poder*

No entanto, as decisões do STF não são pacíficas, já se tendo adotado, em outras oportunidades, o mesmo entendimento alcançado pelo TJMG, senão vejamos[3]:

> *(...)* ***ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LEI ORGÂNICA MUNICIPAL OMISSA. BASE DE CÁLCULO. INCIDÊNCIA SOBRE A REMUNERAÇÃO OU SALÁRIO BASE DO SERVIDOR. IMPOSSIBILIDADE.*** *ACÓRDÃO RECORRIDO EM DIVERGÊNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE (RE Nº 565.714-RG). SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.* ***1. No julgamento do RE n. 565.714, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 08.08.08, o Plenário do STF decidiu não ser legítimo o cálculo do adicional de insalubridade com base no valor da remuneração ou salário base percebido pelo servidor. Apesar de reconhecer a proibição constitucional da vinculação de qualquer vantagem ao salário mínimo, entendeu que o Judiciário não poderia substituir a base de cálculo do benefício, sob pena de atuar como legislador positivo.*** *(Precedentes: (...)). 2. A Súmula Vinculante nº 4 do STF tem o seguinte teor, verbis: "(...)". 3. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: "EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – SERVIDORA PÚBLICA – MUNICÍPIO DE IPATINGA – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – LEI ORGÂNICA MUNICIPAL OMISSA – BASE DE CÁLCULO – CLT – INAPLICABILIDADE – INCIDÊNCIA SOBRE O VENCIMENTO BÁSICO – REFLEXOS DAS PARCELAS QUE TENHAM POR BASE DE CÁLCULO A REMUNERAÇÃO – FÉRIAS E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO – CORREÇÃO MONETÁRIA – PAGAMENT A MENOR – JUROS – CITAÇÃO – SENTENÇA REFORMADA. Os servidores que trabalham com habitualidade em locais insalubres e perigosos, fazem jus a adicional sobre o vencimento do cargo conforme estabelecido na Lei Orgânica do Município de Ipatinga. Contudo, se a norma não fixa a base de cálculo, o percentual incidirá sobre o vencimento básico do servidor, porque a relação estabelecida entre as partes não tem natureza celetista, e o artigo 37, XIV da CF veda o cômputo de acréscimos pecuniários percebidos para fins de concessão de acréscimos ulteriores. O adicional de insalubridade incide sobre o vencimento básico, e gera reflexos em todas as parcela que tenham este valor como base de cálculo."* ***4. Agravo Regimental a que se nega provimento. (RE 706357*** *AgR, Relator:* ***Min. LUIZ FUX, Primeira Turma****, julgado em 16/10/2012)*

Judiciário a alteração do indexador legalmente estabelecido, o que não ocorreu no caso dos autos. 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 8. Agravo regimental a que se nega provimento." (RE 635669 AgR, Rel.: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28/08/2012)

[3] No caso, o Ministro Relator havia provido monocraticamente recurso extraordinário interposto pelo Município de Ipatinga em face do acórdão do TJMG cuja ementa consta da transcrição feita acima.

Essa divergência entre as Turmas do STF, inclusive, ensejou a interposição de Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário nº 698.566, patrocinado pelo S. Santos Rodrigues. O recurso foi recebido e já teve seu processamento admitido pelo E. Ministro Gilmar Mendes, pendente ainda de julgamento de mérito.

Portanto, inexistindo convergência na resolução do respectivo tema, busca-se, pelos meios pertinentes, a conformação dos julgados do próprio STF à orientação fixada na Súmula Vinculante nº 4, de modo que, na ausência de lei municipal regulamentando ou regularizando a matéria, seja vedado ao Judiciário fixar a base de cálculo sobre a qual deve incidir o adicional de insalubridade, admitindo-se, excepcionalmente, a manutenção da vinculação ao salário mínimo.

Produzido especialmente
para o informativo do:

SANTOS
RODRIGUES
ADVOGADOS