

Se, por essa sua atividade, exige-lhe e cobra-lhe a União um tributo de que ela não é uma fonte geradora, não fica isenta do pagamento do imposto estadual devido. A consequência desse comportamento do Fisco federal é, obviamente, outra.

Outrossim, não tem o Engenheiro Diretor do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, do Ministério dos Transportes, poderes para legislar, alterando leis.

Custas pela agravante.

Rio de Janeiro, 10 de março de 1970. — *Aloísio Maria Teixeira*, Presidente. — *Júlio Alberto Álvares*, Relator. — *Hamilton de Moraes e Barros*.

PARECERES

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. SERVIDORES CONTRATADOS PELO ESTADO OU POR AUTARQUIAS ESTADUAIS

I

O Instituto de Assistência dos Servidores do Estado (IASSEG), em janeiro do corrente ano, dirigiu à Procuradoria Geral consulta referente ao *requerimento de médicos contratados daquela autarquia, lotados no setor de Medicina Nuclear*, os quais pretendem fazer jus a adicional de insalubridade de vez que a sua situação estaria perfeitamente tipificada na Portaria n.º 491/65 do Sr. Ministro do Trabalho e Previdência Social, regulamentadora da matéria (a situação corresponderia à descrita no Quadro VIII, Grau I, da Portaria, ou seja a que compreende os diversos tipos de *trabalho com o emprego de raios-X e substâncias radiativas*, inclusive em Hospitais, Casas de Saúde, dispensários e outros estabelecimentos afins).

O Sr. Chefe do Serviço Jurídico do IASEG, em substancioso pronunciamento, examinou a questão, detendo-se nos diversos aspectos legais pertinentes, inclusive em face da legislação estadual, e concluiu que, não obstante a ocorrência do fato gerador do adicional pretendido (o trabalho insalubre), era o caso de se procurar uma solução que não deixasse em inferioridade os servidores sob regime estatutário, pois, como estes não se beneficiam do referido adicional, os contratados que o obtenham ficarão, em relação aos funcionários, com remuneração superior, quebrando-se, por esta forma, a “política de disciplina e equilíbrio de retribuições entre contratados e funcionários efetivos, que o Governo do Estado vem implantando com justiça e êxito, e que está muito bem consubstanciada no Decreto “N” n.º 1.029, de 19-3-1968, e Decreto “E” n.º 2.125, de 30-5-1968”.

II

A consulta, formulada abstratamente, não nos exigia pronunciamento breve e, por isto mesmo, ocorreu-nos aguardar o desfecho de quase uma meia dúzia de dissídios individuais plúrimos que empregados da entidade consulente ajuizaram perante a Justiça do Trabalho, visando exatamente o sobre-salário em aprêço.

Queremos referir-nos aos processos de ns. 334/70 (18.^a Junta de Conciliação e Julgamento), 261/70 (6.^a J.C.J.), 393/70 (4.^a J.C.J.), 407/70 (1.^a J.C.J.) todos sob o nosso patrocínio, além de dois outros que vêm sendo acompanhados por dignos colegas da douta Procuradoria Judicial.

Nesses processos, está empenhada a quase totalidade dos empregados do IASEG, desde médicos até trabalhadores de mão-de-obra (carpinteiros, bombeiros, eletricitistas etc.).

A morosidade com que aquêles feitos vêm transcorrendo, em virtude, principalmente, da complexidade da prova pericial (até agora nenhum laudo acha-se pronto) e, de outra parte, o interêsse manifestado por três ilustres médicas do IASEG, que nos procuraram pessoalmente (seriam as signatárias do requerimento aludido na formulação da consulta, não tendo elas ingressado em juízo) e que trataram de bem definir as suas condições de trabalho, apresentado-nos comprovante de que manuseiam substâncias radiativas (documento acostado à capa dos autos) — por estas duas razões, ora nos pronunciamos procurando responder à consulta nos tópicos seguintes. Mas, ainda antes de fazê-lo, *queremos alertar a Administração Estadual para a maneira pouco prática com que vem sendo conduzida essa questão do adicional de insalubridade.*

Aguardar que os prestadores de trabalho inludivelmente insalubre ingressem em juízo, para sômente pagar-lhes o adicional após condenação judicial é, de um lado, incompatível com a feição do empregador exemplar que a Administração há de ter; de outro lado, abre-se a oportunidade para que outros empregados, cujo trabalho não seja insalubre, na boa companhia daqueles outros, obtenham a vantagem a que não fazem jus, mas que poderá vir a ser-lhes deferida através de decisões que se contentem em homologar laudos de meia-verdade; tais são aquêles que vêm sendo produzidos por uma entidade denominada “Setra”, especializada em Medicina do Trabalho, que açambarca a grande maioria das designações de perito na Justiça do Trabalho.

Satisfeitos os seus honorários previamente pelos reclamantes (a Administração Estadual é ciosa de que prevaleça o seu privilégio de só pagar custas e despesas processuais a final) os peritos da “Setra” inclinam-se a liberalidades que ao Estado, acumuladas umas com outras, poderão vir pesar insuportavelmente.

Não estamos, porém, a preconizar que, sem mais nem menos, o Estado, suas autarquias e seus entes paraestatais, disponham-se a pagar adicional de insalubridade, com base em meros indícios ou aparências.

É mister, isto sim, que a Administração Estadual solicite do Departamento de Higiene e Segurança do Trabalho do Ministério do Trabalho e Previdência Social um “levantamento” dos locais de trabalho “suspeitos” de insalubridade (art. 158, da CLT e art. 13 da Lei n.º 4.589/64). Mediante o laudo apresentado, terá elementos para se orientar seja no pagamento do adicional, seja na escolha dos processos de eliminação da insalubridade, que, uma vez alcançada, excluirá a vantagem.

III

a) A C.L.T. contém, no Capítulo V do Título II (arts. 154 a 223), um conjunto de princípios de resguardo à higiene e à segurança do trabalho. Além disto, nos Capítulos III e IV do Título III, são emitidas outras regras especiais sôbre a matéria, visando o trabalho da mulher (arts. 387 a 390) e o do menor (arts. 405 a 410).

As medidas que naquelas disposições se impõem e as proibições que das mesmas decorrem, juntamente com a profusa regulamentação administrativa existente, interessam não só ao empregado, como também ao empregador e ao Estado. Para o primeiro, elas significam a proteção de sua saúde, a manutenção de sua força de trabalho, sem a qual não pode produzir e que, por isto mesmo, é fator primordial de sua subsistência e da de seus dependentes. Para o patrão, aquelas prescrições encerram valores utilitários essenciais ao progresso técnico e econômico da empresa: asseguram mais produtividade, diminuição de riscos e conservação de pessoal especializado. E, enfim, também é o Estado beneficiário das normas de higiene e segurança do trabalho; sob o aspecto econômico, terá menor o dispêndio em fundos previdenciários; sob o aspecto social, a atenuação do infortúnio facilitará a concórdia entre patrões e empregados, constituindo-se, portanto, mesmo, em um processo de realização do bem comum.

O advento do Direito Industrial e do Direito Operário, nos albores dêste século, ocorreu já com a introdução de uma tutela de higiene e segurança do trabalho, seja no âmbito interno dos diversos países, seja na esfera internacional, através de Convenções da OIT, muitas delas ratificadas pelo Brasil.

Nessa tutela, encontram-se normas de dois tipos: há as meramente administrativas, que impõem obrigações do empregador exclusivamente diante de autoridade administrativa; e há outras, as mistas, que criam obrigações para o empregador não só diante do Poder Público, como também diante do próprio empregado. A infração das primeiras resulta em sanções várias: interdição do estabelecimento, cassação do alvará de localização, etc. A infração das do segundo tipo, que aderem ao contrato de trabalho, pode redundar no pedido de rescisão do mesmo pelo empregado (art. 843 da CLT), com as conseqüentes reparações.

As normas aderentes ao contrato certamente vinculam também o empregado que, se as viola, poderá, conforme as circunstâncias, ser dispensado legitimamente.

b) As medidas destinadas a atenuar ou a excluir a insalubridade nos locais de trabalho são impostas abundantemente na CLT e na regulamentação administrativa, como já salientado.

Mas nem tudo está previsto e nem tudo previsto como eficaz sempre o é. Por isto mesmo, o Ministério do Trabalho e Previdência Social dispõe de um órgão especializado, o Departamento de Higiene e Segurança do Trabalho, servido por médicos afeitos à Medicina Laboral e engenheiros

aptos em Engenharia Sanitária. Aquêlê Departamento tem competência normativa e consultiva nessa matéria tão importante.

A relatividade do conhecimento humano, as limitações da ciência moderna, não obstante o seu avanço, indicam que aqui, como em outros setores das aflições, terrenas, há problemas insolúveis, ou cuja solução é precária ou insuficiente.

Quando não se consegue, apesar de tôdas as cautelas, de todos os expedientes de prevenção, obter-se um índice perfeito de salubridade e de segurança no trabalho, os danos físicos ou psicológicos que sofre o empregado hão de ser reparados pelo sucedâneo da compensação patrimonial.

Assim é que o acidentado ou vitimado por doença profissional faz jus às diárias e às indenizações reguladas na legislação específica (Lei número 5.316/67).

Do mesmo modo, ao trabalhador que atua em condições ambientais insalubres, em consideração ao risco de saúde a que está sujeito, à possibilidade de vir a contrair doença profissional, confere-se um acréscimo de retribuição. Esse é o adicional de insalubridade.

Adicional é um termo ainda insatisfatório. Não obstante, é melhor que outro que predominou no passado: *taxa* de insalubridade. *Adicional* não exprime o caráter transitório da vantagem, que é retirável quando desaparecer a sua causa.

Compensação apenas ao trabalhador de um risco não eliminado ou ineliminável — é só isto o adicional de insalubridade. Dizê-lo apenas ao empregador impenitente é uma impropriedade, pois empregadores há que utilizam todos os meios que lhes oferece a técnica moderna para eliminar ou atenuar os fatores de insalubridade, e não obtêm êxito. Salário, retribuição do trabalho, não será também. Se o fôra, como poderia desaparecer com o seu fato gerador, se o salário é, por natureza, irredutível?

c) O caráter remuneratório do adicional de insalubridade, no entanto, prevaleceu na jurisprudência da década passada.

Os Tribunais do Trabalho chegaram a essa tese movidos não por critérios de pureza conceitual, senão por ideais que objetivam, sempre e cada vez mais, a “construção” de um Direito do Trabalho superior ao conteúdo dos textos, através de concessões cada vez melhores e maiores aos prestadores de trabalho.

Quem não comungará com êsses ideais? Mas que êles se concretizem pela única forma válida: através do comando da lei.

A repartição de Podêres, outrora mais um processo de descentralização de competências, é hoje, ante os princípios da moderna Ciência Política, um elemento de agregação do próprio Estado a si mesmo. Autolimitação necessária que o Estado se impõe para atuar como Poder, a repartição dêste por órgãos diferenciados, que se controlam e se intercomunicam, é essencial nos regimes em que a força é o Direito estatuído.

As incursões do Judiciário trabalhista no campo de atuações do Legislativo, por isto mesmo, são inadmissíveis e constituem um desassombro que poderá conduzir a descaminhos o Direito do Trabalho.

Mas, integrando o adicional de insalubridade a remuneração para todos os efeitos legais, segundo a jurisprudência assentada, é computável para efeito de cálculo da indenização (Prejulgado n.º 11 do TST), férias, 13.º salário, repouso semanal remunerado, etc. Pela mesma razão, há de ser tomado em conta para efeito da contribuição previdenciária e do depósito do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço.

d) O adicional de insalubridade somente a partir do Dec.-lei número 389/68 é que se tornou legalmente devido. Antes, somente o fôra em virtude exatamente da jurisprudência “constitutiva” dos Tribunais de Trabalho, a que nos referimos linhas atrás. Porque, até então, não havia dispositivo legal apto a obrigar o seu pagamento. O que se supunha haver era o art. 6.º do Dec.-Lei n.º 2.162/40, que, instituindo o salário-mínimo no país, estabeleceu, naquele dispositivo, o seguinte:

“Art. 6.º — Para os trabalhadores ocupados em operações consideradas insalubres, conforme se trate dos graus máximo, médio ou mínimo, o acréscimo de remuneração, respeitada a proporcionalidade com o salário-mínimo que vigorar para o trabalhador adulto local, será de 40%, 20% ou 10% respectivamente”.

Em 1943, entrava em vigor a C.L.T., cujo art. 79 adotou critério de estabelecimento do adicional através de resoluções das Comissões de Salário-Mínimo, que poderiam fixá-lo até a metade do salário-mínimo regional (estas Comissões hoje em dia já não existem).

Assim, a fixação havida no art. 6.º do Dec.-lei n.º 162 desapareceu, pois a lei nova regulou diferentemente a matéria.

As Comissões de Salário-Mínimo, entretanto, jamais cuidaram de utilizar a competência para a fixação do adicional de insalubridade. Essa omissão levou o Judiciário Trabalhista, e até o Supremo Tribunal, a adotar a tese da sobrevida do art. 6.º do Dec.-lei n.º 2.162, em afronta a princípios elementares de Direito Intertemporal.

Agora, com o Dec.-lei n.º 389/68, o adicional de insalubridade tem existência legal incnteste. Dispõe êsse diploma, no seu art. 3.º, § 1.º:

“§ 1.º — Enquanto não se verificar haverem sido eliminadas as suas causas, o exercício de atividades ou operações insalubres assegura a percepção de adicionais respectivamente de 40%, 20% e 10%, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo”.

e) O legislador de 1968 silenciou sobre uma questão que estava a merecer sua atenção. Tratava-se do critério para cálculo do adicional.

Nos seus primórdios, o adicional de insalubridade não era senão um suplemento do salário-mínimo. O art. 6.º do Dec.-lei n.º 2.162,, já examinado, dava-lhe essa feição.

Após a CLT, os Tribunais do Trabalho, mantiveram, por muito tempo, a regra do art. 6.º do Dec.-lei n.º 2.162 tal como redigida e recusavam-se a conceder o adicional a quem percebesse salário que ultrapassasse o mínimo mais a vantagem.

Posteriormente, uma tese inicialmente defendida isoladamente pelo hoje Ministro do Trabalho JÚLIO BARATA ganhou a preferência: *o adicional era devido qualquer que fôsse o quantum salarial, calculando-se, porém, sobre o salário-mínimo. A parcela assim obtida somar-se-ia ao salário contratual ou profissional. Esse entendimento está cristalizado no Prejulgado n.º 13 do TST.*

Entretanto, ultimamente, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho vem se inclinando para uma fórmula mais pródiga: *nos casos de salário profissional (médicos, engenheiros, etc.) ou de salário de categoria (impôsto em acôrdo coletivo ou decisão normativa) tem-se decidido que o adicional se calcula sobre êsse salário. A súmula n.º 11 do TST espelha essa orientação.*

No caso de salário puramente contratual, até o momento, permanece o critério de cálculo do adicional de insalubridade sobre o salário-mínimo. Essa exceção, contudo, não tem qualquer fundamento ou justificativa. Em que o salário profissional ou o da categoria se sobreleva ao contratual? Porque dois pesos e duas medidas para situações idênticas?

E nem nos parece defensável que, após o Dec.-lei n.º 389/68, o adicional de insalubridade continue mantendo relação com o salário-mínimo.

O art. 79 da CLT, que levava a essa conclusão, ao atribuir às Comissões de Salário-Mínimo competência para fixar os percentuais do adicional até 50% do salário-mínimo, já não está em vigor. Sim, porque aquelas Comissões se extinguíram, absorvidas pelo Departamento Nacional de Salário e Emprego do MTPS, entre cujas atribuições não se encontra aquela que possuíam as referidas Comissões (Lei n.º 4.589/64, art. 4.º e seus itens).

Por outro lado, a fixação de percentuais no § 1.º do art. 3.º do Dec.-lei 389/68, sem menção à proporcionalidade com o salário-mínimo, exclui de uma vez por tôdas quaisquer cogitações de aplicabilidade dêsse critério.

Enquanto prevalecer, porém, o Prejulgado n.º 13 do TST, o empregador, inclusive o Estado da Guanabara, poderá calcular o adicional de insalubridade sobre o salário-mínimo, nos casos de salário contratual. Somente nos casos de salário de categoria ou profissional é que abandonará êsse critério, para considerar o salário efetivamente percebido.

Como empregador, nesta segunda hipótese, o Estado da Guanabara e suas autarquias praticamente só terão problemas com os engenheiros contratados, beneficiários de salário profissional (Lei n.º 4.950-A/66). Não o terão com pessoal destinatário de salário de categoria (o empregado público, não sendo sindicalizável, está à margem de estipulações salariais normativas), nem com os médicos contratados, pois o salário profissional dos médicos só foi estabelecido para os patrões que sejam pessoas de direito privativo (Lei n.º 399/61, art. 4.º), embora algumas decisões se

encontrem sustentando que a restrição só atinge os servidores públicos funcionários, aplicando-se aos contratados o mesmo tratamento dado aos médicos empregados de particulares.

IV

a) O art. 913 da CLT confere ao Ministro do Trabalho e Previdência Social competência para expedir instruções, quadros, tabelas e modelos que se tornarem necessários à execução da legislação trabalhista. De outra parte, o art. 209 e seus §§ da CLT prevêem a organização de quadros de atividades e operações insalubres a serem editados pelo Departamento de Higiene e Segurança do Trabalho, revisível trienalmente.

Explica-se, assim, a existência da Portaria n.º 491/65, em que, com minúcias, se contemplam os diversos tipos de trabalho insalubre, classificados segundo o agente morboso e o grau de risco (máximo, médio e mínimo), para efeito da aferição do percentual de acréscimo de retribuição.

b) As médicas a que se refere a consulta apresentaram comprovante (anexo à contra-capa dos autos) de que trabalham no Setor de Medicina Nuclear do IASEG, sendo obrigadas a manipular sistematicamente substâncias radiativas.

Se assim ocorre, a sua situação encontra-se, realmente, perfeitamente tipificada no Grau I do Quadro VIII da Portaria n.º 491/65 e, neste caso, desde que o IASEG não faz qualquer alusão à eliminação ou atenuação de insalubridade, através de processos aptos, o adicional é devido no percentual de 40%.

Não sendo as interessadas destinatárias de salário profissional, o adicional calcular-se-á sobre o salário-mínimo vigente.

Na forma do Dec.-lei n.º 389/68, o adicional é devido, uma vez apurada a insalubridade, a partir do ajuizamento da ação. *Por analogia, quando o empregado não ingressa em juízo, mas o empregador reconhece o seu direito à vantagem, deve a mesma ser-lhe paga a partir de quando a requereu (há requerimento, verbal ou escrito, das interessadas, como está dito na formulação da consulta).*

c) O fato de que os contratados do Estado e de suas autarquias, passando a perceber adicional de insalubridade, suplantarão em salário os funcionários que exerçam idênticas atribuições, contrariando, desta forma, a proporcionalidade estabelecida no Dec. "N" n.º 1029/68 e no Dec. "E" n.º 125 (Pogape 22/68), não tem o menor relêvo. Quando o primeiro dispôs que o salário dos contratados não poderia ultrapassar a 90% do nível de remuneração do paradigma funcionário (art. 1.º), não poderia estar pretendendo que a lei estadual pudesse revogar a legislação trabalhista, ou afastar a sua aplicação. E quando o segundo (art. 1.º e 5.º) fixou exatamente em 90%, em relação ao vencimento do funcionário paradigma, o salário do contratado, fê-lo com abdicação de quaisquer outras limita-

ções, quando poderia perfeitamente ter disposto que aquêles percentual incluiria quaisquer adicionais compulsórios, como o de insalubridade, o de trabalho noturno, etc.

Mas, ainda é tempo de corrigir a minusvalia em que o funcionário poderá encontrar-se em relação ao contratado que exerce as mesmas funções e que se beneficia daqueles adicionais. Não será possível reduzir os salários atuais, mas será possível estacioná-los até que o equilíbrio se recomponha. Uma vez alcançado, o aumento salarial dos contratados que percebem adicionais compulsórios, far-se-á, sempre, segundo percentuais que garantam a manutenção do sistema. Bastará que o Executivo baixe decreto a respeito, visando os exercícios vindouros.

Em resumo do que foi dito:

I — O volume das questões relativas ao pagamento de adicional de insalubridade aos empregados do Estado e de suas autarquias está a exigir que se solicite ao Departamento de Higiene e Segurança do Trabalho do MTPS, um levantamento das atividades supostamente insalubres, com a análise dos casos concretos e com orientação sobre a maneira de se eliminar ou atenuar o agente morboso.

II — A partir do Dec.-lei n.º 389/68, o adicional de insalubridade tem incontestável existência legal, sendo devido nas hipóteses previstas na Portaria n.º 491/65 e segundo os graus na mesma estabelecidos, se por qualquer meio não se eliminou ou se atenuou (diminuição de grau) o agente morboso.

III — O adicional, conforme jurisprudência vitoriosa, tem caráter remuneratório, computando-se para todos os efeitos legais trabalhistas e previdenciários.

IV — O adicional, em regra, calcula-se sobre o salário-mínimo.

V — Para o restabelecimento da proporcionalidade de remuneração de contratados em relação a paradigmas funcionários, prevista no Decreto "N" n.º 1.029/68, e quebrada com a aplicação de adicionais salariais compulsórios, poderá o Executivo determinar o estacionamento dos salários dos contratados que os percebam, nos exercícios vindouros, até reobter-se o equilíbrio, que será mantido aplicando-se, daí por diante, aos mesmos contratados, índices de elevação salarial especialmente dosados.

VI — As médicas do IASEG, interessadas no presente processo, fazem jus ao adicional de insalubridade, no grau má-

ximo (40%), calculado em relação ao salário-mínimo e a partir do momento em que o requereram.

É o parecer, salvo melhor juízo.
Rio de Janeiro, 14 de julho de 1970.

JOSÉ ANTUNES DE CARVALHO
Procurador do Estado

CONCESSÃO DE ELETRICIDADE. REMOÇÃO DE POSTES. POLÍCIA DOS BENS PÚBLICOS

A Light Serviços de Eletricidade S.A., no ofício L-RR-4124/70, de 16-6-70, manifesta ao Estado da Guanabara que só correm por sua conta as mudanças de postes, que sustentam as linhas de energia elétrica, se houver alteração de alinhamento, nos precisos e restritos termos da cláusula sétima, k, do contrato de 20-5-1905. Afirma, peremptoriamente: "as remoções que não se enquadram nesses limites devem ser pagas pelo Estado; deve êle arcar, ainda, com o ônus de serviços que normalmente não acompanham as remoções para o novo alinhamento — único encargo contratual desta Concessionária — como a instalação de postes provisórios e intermediários". Apresenta, pela primeira vez desde que passou a impugnar o direito do Poder Público de exigir a recolocação de postes (fora, segundo entende, dos casos de novo alinhamento), o argumento de que, nos termos do art. 151 do Código de Águas, goza de uma servidão sobre os terrenos de domínio público. "Assim" — escreve — "a utilização que o concessionário faz dos logradouros públicos, para a instalação de redes de distribuição, constitui, por definição legal, servidão administrativa, a que se aplica o disposto no art. 703 do Código Civil, que atribui ao prédio serviente o custeio da remoção da servidão por êle exigida".

2. A matéria ora suscitada, envôlta na recalcitrância da Light de se ajustar às determinações do Estado da Guanabara, não é nova. Em 1964, a Procuradoria Geral do Estado a estudou longamente, no trabalho do ilustre procurador Dr. AMÍLCAR PARANHOS DA SILVA VELOSO, inserto no n.º 13 da *Revista de Direito da PRG*. As alegações da concessionária, salvo a incrível lembrança da servidão administrativa, tinham, monotonamente, o mesmo teor. "Via de regra, alegam os concessionários de serviços públicos:

a) que a remoção, ou rebaixamento, de alguns postes não seriam ocasionados por novo alinhamento do meio-fio, mas por sua supressão ou interrupção;