

ISMAEL AUGUSTO TEIXEIRA DE ARAUJO

**BASE DE CALCULO DO ADICIONAL DE
INSALUBRIDADE**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC-MG

2012

ISMAEL AUGUSTO TEIXEIRA DE ARAUJO

**BASE DE CALCULO DO ADICIONAL DE
INSALUBRIDADE**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do professor mestre Frederico Fernandes Dutra.

FIC – CARATINGA

2012

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pôr ter me dado toda a condição necessária para que eu pudesse alcançar o meu objetivo, creio que não só a conclusão desse curso, mas outras realizações em minha vida são obras do Senhor Jesus.

A minha mãe que me proporcionou esse estudo, bem como, familiares que incentivaram muito, em especial aos meus pais de criação Léia e Renato, também ao meu padrasto que sempre apoiou nos momentos de grandes dificuldades.

Pessoas que vieram e ficaram pois fazem toda a diferença como minha namorada Raissa, que mesmo diante de horários apertados teve a compreensão e com palavras sábias me enchia de energia para que eu não desanimasse de estudar para as provas que a cada período só iam intensificando cada vez mais, o projeto monográfico e a monografia vieram para provar o quanto é importante ter uma pessoa especial do lado, te amo amor, bem como, a Maria, que trabalha “em casa”, que acompanhou toda essa trajetória e teve suma importância também, diga – se de passagem, os lanches preparados para eu ir para a faculdade devido o tempo que tinha ao chegar do trabalho não era suficiente para arrumar e comer para ir para faculdade, era um ou outro, por isso que esses anjos estiveram sempre me abençoando.

As amizades construídas ao longo do curso, os amigos do “carro”, Rafael, Paulo Roberto, Iam e Fernando que por um lapso temporal duradouro compartilhamos ali experiências, aprendizados que sempre ficaram guardados, assim como, amigos que estão no dia – a - dia e fazem parte imensamente dessa trajetória Rodolfo, Pierre, Magno, os amigos do BC e os membros da IPB.

Ao meu bisavô José e minha Bisavó Nair, que não esta mais conosco por alguma razão Deus os levaram, pessoas que deram origem a árvore cronológica na minha família e que sempre foram alvos de bons exemplos e conselhos, Vó Edna e meu Avô Euvano, assim como, Vô Raul e Vó Norma.

As oportunidades que a vida nos privilegia, ou seja, os lugares por onde ao longo do curso tive a honra de trabalhar e por sinal conhecer pessoas incríveis sou grato a todos elas, muito obrigado por compartilharem os seus conhecimentos comigo, que Deus continue abençoando cada um.

DEDICATÓRIA

“Quando alguém compreende que é contrário à sua dignidade de homem obedecer a leis injustas, nenhuma tirania pode escravizá-lo”.

Mahatma Gandhi

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por escopo tratar do adicional de insalubridade, mais precisamente no tocante a base de cálculo que seria disponibilizado ao empregado, que no exercício de seu trabalho fica exposto a agentes nocivos à saúde, cabendo ressaltar que essa exposição deva ser acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição, pois insalubre é o prejudicial à saúde, que dá causa à doença. Se verificado que em determinado local de trabalho esta existindo a figura da insalubridade será realizada a convocação de uma perícia para comprovar através de equipamentos se aquele ambiente realmente é nocivo à saúde do trabalhador. O art. 192 da CLT assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento) grau máximo, 20% (vinte por cento) grau médio e 10% (dez por cento) grau mínimo do salário mínimo quando o trabalho é exercido em condições insalubres, ocorre que esta em contradição com o conteúdo da sumula vinculante 4 do Supremo Tribunal Federal que veda a utilização do salário mínimo como indexador de base de cálculo. Desse modo, enquanto não for editada uma nova lei que estabeleça a base de cálculo do adicional de insalubridade, alterando, assim a redação dada pelo art. 192 da Consolidação das Leis de Trabalho, o indexador legal a ser utilizado na base de cálculo desse adicional, nos casos concretos, continuará sendo o salário mínimo ou salário normativo desde que previsto em convenção coletiva de trabalho.

Palavras-chave: adicional de insalubridade; sumula vinculante; base de cálculo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	11
CAPITULO I – FONTES DO DIREITO DO TRABALHO.....	16
1.1 Origem.....	16
1.2 Conceito.....	17
1.3 A Constituição da Republica.....	24
1.3.1 As Leis.....	30
1.3.2 Usos e Costume.....	33
1.3.3 Jurisprudência.....	35
1.3.4 Convenções e Acordos Coletivos.....	39
1.3.5 Sentenças Normativas.....	41
1.3.6 Princípios Gerais do Direito.....	42
CAPÍTULO II – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.....	45
2.1 Conceito e Previsão Legal.....	45
2.2 Da Proteção ao Meio Ambiente de Trabalho.....	47
2.3 Saúde do Trabalhador como um dos Direitos Fundamentais.....	49
2.4 Graus de Insalubridade.....	51
2.5 Agentes causadores da Insalubridade.....	55
2.6 Critérios adotados para caracterização da Insalubridade.....	57
CAPÍTULO III – BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.....	61
3.1 Insalubridade – Fixação do Quantum Devido.....	61
3.1.1 Súmula n. 228 do Tribunal Superior do Trabalho.....	61
3.1.2 Súmula n. 17 do Tribunal Superior do Trabalho.....	63
3.1.3 Súmula Vinculante nº4 do Supremo Tribunal Federal.....	63
3.2 Possibilidade ou não da utilização do Salário Mínimo como base de calculo.....	67
3.3 Salário Profissional ou Salário Normativo como Base de Cálculo.....	71

	8
3.3.1 Salário Base como Base de Cálculo.....	74
3.3.2 Salário Contratual como Base de Cálculo.....	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	77
REFERÊNCIAS.....	79
ANEXO I.....	84

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico abordando o tema “Base de Cálculo do Adicional de Insalubridade” tem por objetivo demonstrar a necessidade da edição de uma nova lei para regularizar o artigo 192 das Consolidações das Leis de Trabalho, no que diz respeito a base de cálculo do adicional de insalubridade, que mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal consolidando a utilização do salário mínimo como indexador dessa base de calculo não sanou o problema que diante dessa decisão fere a Constituição Federal.

A elucidação da problemática referente ao possível questionamento de que a base de calculo do adicional de insalubridade contido no artigo 192 da Consolidação das Leis de Trabalho, quanto ao salário mínimo estabelecido como indexador de parcela devida a empregado, podendo trazer a insegurança jurídica ou coibir injustiças à luz do caso concreto, surte efeitos e gera ganhos tanto jurídicos, como sociais e pessoais.

Os ganhos jurídicos são facilmente notáveis, uma vez que irá dirimir qualquer dúvida quanto ao indexador que será utilizado na base de calculo do adicional de insalubridade, uma vez que o salário mínimo não pode por força do que dispõe a sumula vinculante 4 do Supremo Tribunal Federal servir de indexador de parcela devida a empregado, uma vez que não existe critério definitivo para sua aplicação.

Os ganhos sociais podem ser alcançados ao assegurar que, na análise do caso concreto, seja observado se cabível o adicional de insalubridade e sobre qual indexador, evitando pôr em risco a segurança jurídica dos princípios do Direito do Trabalho que são usadas a tutelar o obreiro, parte hipossuficiente dessa relação, gerando descrédito à sociedade.

Já no que diz respeito aos ganhos intelectuais, estes serão verificados na medida em que proporcionará um grande esclarecimento quanto a base de calculo do adicional de insalubridade, consoante o art. 192 do CLT.

A esse respeito, adota-se como metodologia a confecção de pesquisa teórico dogmática, nas áreas de Direito do Trabalho e Direito Constitucional, com a finalidade de não só dirimir quaisquer dúvidas e questionamentos no que diz respeito a base de cálculo do adicional de insalubridade, bem como demonstrar a ausência de critérios objetivos no ordenamento jurídico para este fim.

Assim, a elucidação da problemática proposta encontra seu amparo na doutrina e jurisprudência, que defendem como posicionamentos, entre eles, a edição de uma nova lei

para estabelecer a base de cálculo do adicional de insalubridade, alterando assim o artigo 192 da CLT, a base de calculo do referido adicional devendo continuar sendo o salário mínimo.

Como marco teórico da presente monografia foi adotado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido pela Ministra/Relatora Cármen Lucia, que manifesta no Recurso Extraordinário nº 565.714/SP alguns vetores sobre a inconstitucionalidade da aplicação de vinculação do adicional de insalubridade ao salario mínimo.

A partir de então, podemos observar que terá como norte a discussão doutrinária sobre a base de calculo do adicional de insalubridade, uma vez não constar critérios objetivos no ordenamento jurídico. Desse modo será garantido maior embasamento para a hipótese a ser estruturada, além de possibilitar a análise de elementos que envolvem o problema, a partir da análise de bibliografia básica e complementar.

A seguinte monografia será composta de três capítulos. No primeiro capítulo, “Fontes do Direito do Trabalho”, será abordado desde a origem até os princípios gerais que fazem jus o direito do Trabalho.

No segundo capítulo, intitulado “Adicional de Insalubridade”, examinar-se-á quais as condições em que o sujeito que irá fazer recebimento desse adicional deve estar inserido, os graus.

Por fim, no terceiro capítulo, qual seja, “Base de Calculo do Adicional de Insalubridade”, haverá uma análise acerca de como vem sendo realizado este adicional.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Ante a real importância de solucionar a problemática que envolve a Base de Cálculo do Adicional de Insalubridade, é de suma relevância a análise de alguns conceitos concernentes ao tema deste trabalho, com o objetivo de demonstrar a resolução de tal problemática.

Neste propósito, devem ser considerados os conceitos de “Adicional de insalubridade”, “Base de Calculo”, bem como “Súmula Vinculante”, conceitos estes que passam a ser explanados a partir de então¹.

Para Mauricio Godinho Delgado, tem o seguinte posicionamento:

O adicional consiste em parcelas contra prestativas complementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias cujas características sejam mais gravosas².

Essas parcelas salariais sempre terão caráter complementar com respeito à parcela salarial principal recebida pelo empregado, jamais assumindo posição central na remuneração obreira. De maneira geral equivalem a um resultado pecuniário (o que acaba ocorrendo em todos os adicionais legais), embora não seja incompatível com a figura a criação estritamente convencional de uma parcela dessa natureza paga em utilidades³.

Quanto ao calculo dos adicionais, como via de regra, são calculados percentualmente sobre um padrão salarial. Essa característica é que os tornam análogas à figura das percentagens, fazendo menção no art. 457, parágrafo primeiro da Consolidação das Leis Trabalhistas (mesmo o critério de percentagem não estando ausente de outras parcelas salariais distintas, tais quais, as comissões, o salário prêmio, modalidades de cálculo do salário por unidade de obra entre outras)⁴.

O que diferencia os adicionais de outras parcelas salariais é o fundamento bem como o objetivo de incidência da figura jurídica. Segundo Mauricio Godinho Delgado:

Os adicionais correspondem a parcela salarial deferida suplementarmente ao obreiro

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 231

² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 711.

³ IDEM.

⁴ IDEM.

por este encontrar – se , no plano do exercício contratual , em circunstâncias tipificadas mais gravosas. A parcela adicional é, assim nitidamente contra prestativa: paga – se um plus em virtude do desconforto, desgaste ou risco vivenciados , da responsabilidade e encargos superiores recebidos , do exercício cumulativo de funções , etc. Ela é , portanto, nitidamente salarial, não tendo em consequência , caráter indenizatório (ressarcimento de gastos , despesas, reparação de danos, etc.)⁵.

As razões e os objetivos dos adicionais demonstram a normatização e os efeitos jurídicos particulares que o Direito do Trabalho confere a tais parcelas de natureza salarial. Além disso, sendo salário, os adicionais não se mantêm organizadamente ligados, podendo ser objeto de supressão, caso estiver omissa a circunstância caracterizada ensejadora de sua percepção durante certo lapso contratual⁶.

A fração adicional sujeita – se a mesma condição exigida as outras parcelas contra prestativas com a finalidade de sua união salarial dando sequência ao efeito expansionista circular, a habitualidade, ou seja, se for recebido com habitualidade integrará o salário para todos os efeitos legais, onde serão refletidos no calculo do décimo terceiro salário, férias com um terço, FGTS, aviso prévio, contribuição previdenciária⁷.

Os adicionais podem ser classificados da seguinte maneira, como sendo os legais que são os previstos em lei, que se desdobram em abrangentes e restritos, bem como, os convencionais que são aqueles criados pela normatividade infralegal, tendo como exemplo Convenção Coletiva de Trabalho ou Acordo Coletivo de Trabalho, até mesmo pela vontade unilateral do empregador ou pela parte bilateral das partes contratuais⁸.

Segundo Maurício Godinho Delgado:

Os adicionais legais abrangentes são aqueles que se aplicam a qualquer categoria de empregados, desde que situado o obreiro nas circunstâncias legalmente tipificadas. Consistem nos seguintes adicionais: de insalubridade (art.192, CLT; Sumula Vinculante n.: 4 , STF); de periculosidade (art. 193, § 1º, CLT); de penosidade (art. 7 º, XXIII, CF/88- ainda sem tipificação legal no âmbito justralhista); de transferência (art. 469, § 3º, CLT); noturno (art. 73, caput, CLT); de horas extras (art. 7º , XVI, CF/88)⁹.

No caso em questão, referindo ao adicional de insalubridade onde se tem que insalubre é o prejudicial à saúde, que dá causa à doença onde o trabalhador com o tempo trabalhado

⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 735.

⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 711.

⁷ IDEM.

⁸ IDEM.

⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 737.

ficará com sua saúde debilitada¹⁰.

Para que se caracterize a insalubridade é preciso observar se no local de labor o trabalhador esta exposto a agentes nocivos, e se se essa exposição esta acima dos limites de tolerância, os quais são fixados em razão da natureza, da intensidade do agente e do tempo de exposição. Uma vez que esta exposição esteja dentro dos limites de tolerância não haverá que se falar em direito ao adicional. Além de que deve analisar, para caracterização desse adicional de insalubridade, os critérios qualitativos, onde se enquadram ruído, pressões hiperbáricas, vibrações, poeiras, e de maneira quantitativa se enquadram frio, umidade e agentes biológicos¹¹.

O trabalhador pode ser imposto no ambiente de serviço ao agente insalubre e juntamente de periculosidade, porém não pode somar os dois, tendo de escolher o que lhe é mais vantajoso, inexistindo cumulação entre esses dois adicionais¹².

O adicional de insalubridade é devido ao empregado que presta serviços em atividades insalubres, ou seja, nocivas á saúde, sendo calculado à razão de 10% (grau mínimo), 20% (grau médio) e 40% (grau máximo) sobre o salário mínimo, conforme o que estabelece o artigo 192 da CLT¹³.

O empregado deve ficar atento ao ambiente de trabalho que está exposto, bem como tratar este fato como uma questão coletiva. O ideal seria que as empregadoras fornecessem o EPC (Equipamento de Proteção Coletivo) bem como disponibilizasse os EPI (Equipamento de Proteção Individual), na tentativa de neutralizar e eliminar os agentes nocivos geradores do adicional de insalubridade. Importante se faz frisar que caso não haja a eliminação desde agente, é devido a aplicação do adicional de insalubridade ao trabalhador, devendo este ficar sempre atento para que não haja prejuízos posteriores¹⁴.

Se verificado a existência da figura da insalubridade em determinado trabalho, a prova deverá ser feita através da convocação de uma perícia para que comprove através de equipamentos se aquele ambiente realmente é nocivo à saúde do trabalhador¹⁵.

Segundo Edwar Abreu Gonçalves, perícia judicial é:

A modalidade de prova processual consistente no exame de caráter técnico, normalmente realizado por profissionais especialista, previamente escolhido e

¹⁰ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5ª. ed. Niterói: Impetus, 2011. P. 872.

¹¹ MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 231.

¹² CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5ª. ed. Niterói: Impetus, 2011. P. 874.

¹³ MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 231.

¹⁴ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5ª. ed. Niterói: Impetus, 2011. P. 874.

¹⁵ IDEM.

designado pelo juiz, objetivando esclarecer, do ponto de vista estritamente técnico, um fato, estado ou valor de um objeto controvertido, cujo conhecimento extrapola o saber jurídico comum do Magistrado¹⁶.

Conforme declaração do artigo 7º, do inciso IV da Constituição Federal de 1988, é vedada a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Objetivando o constituinte que o salário mínimo não seja um indexador para reajustes de preços, de aluguéis, uma vez que a vinculação é apenas para alimentação, moradia, saúde, vestuário, educação, lazer, higiene, transporte e previdência social. Não podendo haver a vinculação do salário mínimo para qualquer outro fim, nos previstos na própria constituição pátria vigente¹⁷.

Quanto ao conceito de salário, Nascimento define:

Salário é a contraprestação fixa paga pelo empregador pelo tempo de trabalho prestado ou disponibilizado pelo empregado, calculada com base no tempo, na produção ou em ambos os critérios, periodicamente e de modo que se caracterize como o ganho habitual do trabalhador¹⁸.

O salário básico constitui-se na parcela mais relevante entre todas as parcelas salariais existentes na seara da relação de emprego, via de regra, corresponde a periodicidade máxima mensal, não sendo aplicável no que tange às parcelas do chamado salário condição que enquadram os adicionais de periculosidade, insalubridade, noturno, de horas extras, etc.). Tem-se como as parcelas salariais típicas do salário básico, mais conhecidas no direito brasileiro: adicionais, gratificações, décimo terceiro salário, comissões. Tendo também parcelas salariais atípicas é o caso dos prêmios¹⁹.

Sebastião Geraldo de Oliveira entende que a base de cálculo do adicional de insalubridade deve ser a remuneração do trabalhador, ou seja:

O cálculo correto desse adicional deve considerar o salário contratual, sem os acréscimos, como é apurado o adicional de periculosidade e não o salário mínimo. Pode-se argumentar, é certo, que o dispositivo remete o assunto para regulamentação por lei ordinária e, nessa hipótese, prevaleceria, pelo princípio da recepção, a base de cálculo fixada no art. 192 da CLT. Todavia, não se pode ignorar o vocábulo “remuneração” constante da Carta Política, cuja aceção tem contornos bem definidos na doutrina jurídico-trabalhista, valendo ressaltar que a presunção,

¹⁶ GONÇALVES, Edwar Abreu. **Manual de Segurança e Saúde no Trabalho**. 4ª ed. ABRIL. São Paulo: LTr, 2010, p. 132.

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 231

¹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso De Direito Do Trabalho**. 23ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008. p. 372.

¹⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 708.

sobretudo no Direito Constitucional, é de que o legislador tenha preferido a linguagem técnica²⁰.

Segundo Sérgio Pinto Martins tem outra visão a cerca do assunto:

Não existe previsão legal no sentido de que o adicional de insalubridade seja calculado sobre o salário contratual. Há necessidade de nova lei para alterar a redação do artigo 192 da CLT e estabelecer a base de cálculo do adicional de insalubridade. Isso poderia ser feito até por medida provisória, pois a matéria é urgente e relevante²¹.

As súmulas vinculantes são aquelas que não têm apenas um caráter orientador para a comunidade jurídica, mas que são obrigatórias para todos, determinando os juízes de instâncias inferiores ao julgamento no sentido em que foi simulada a questão, como anteriormente mencionado a Emenda Constitucional de 45/2004 introduziu na Carta Magna a possibilidade de criação destas, vide artigo 103-A, mas somente no âmbito do Supremo tribunal Federal²².

As súmulas possuem o posicionamento majoritário de determinado tribunal, servindo de orientação para toda a comunidade jurídica para tentar harmonizar julgamentos futuros sobre a questão sumulada²³.

Destarte, os conceitos aqui apresentados servirão para compreensão dos pontos mais importantes a serem abordados a seguir.

²⁰ OLIVEIRA. Sebastião Geraldo de Oliveira. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 3ªed. rev. ampla. e atual. São Paulo: LTr, 2001. p. 348.

²¹ MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 535.

²² CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus. 2011. p. 78.

²³ IDEM.

CAPITULO I – FONTES DO DIREITO DO TRABALHO

1.1 – Origem

É de saber que com a expressão fonte do direito está-se diante de uma metáfora, tratando-se em sentido amplo na linguagem comum e no direito, fonte tem significado naquilo onde se origina alguma coisa de onde parte, jorra, nasce algo que começa a existir que não existia antes²⁴.

No campo estritamente jurídico Claude du Pasquier, aceita a metáfora como boa e exata. Trata-se de indagar, diz, de onde partiu a regra jurídica, das profundezas da regra social, para surgir a superfície do direito²⁵.

Enquanto Horvath, pelo contrário:

Vê na expressão uma fonte de enganos e inexatidões. A palavra é equívoca, confusa, imprecisa. Nunca se sabe o ponto exato da possível fonte, se antes, durante ou depois do aparecimento da superfície²⁶.

Tendo foros universais de aceitação na teoria geral do Direito, se não obscurece na sua totalidade, fica logo agradável a ambiguidade desde que se deem os seus conceitos exatos. Passando a deixar de lado as fontes históricas, objetos ou atos exteriores pelos quais se pode retirar o conhecimento das regras concretas dos direitos existentes em certa época, podendo elas serem ainda materiais e formais²⁷.

Classificam-se as fontes do Direito em fontes materiais e fontes formais. As primeiras são os fatores sociais que contribuem para formação da substância do conteúdo da norma jurídica. As segundas são os meios pelas quais a norma jurídica é estabelecida²⁸.

Nesse sentido no entendimento de Sérgio Pinto Martins, as fontes materiais e formais são, respectivamente:

²⁴ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 8. Ed. Rev. Atua. Ampl. São Paulo : ltr, 2000. P. 218.

²⁵ PASQUIER.C. du. **Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit**, Neuchatel e Paris. 2ª.ed.1942.p.36/37.

²⁶ HORVATH.B. **Les sources droit positif, in Le problème des sources du droit positif**, Paris 1934. P. 132.

²⁷ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 8. Ed. Rev. Atua. Ampl. São Paulo : ltr, 2000. P. 218.

²⁸ MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 36.

Fontes materiais são o complexo de fatores que ocasionam o surgimento de normas, envolvendo fatos e valores. São analisados fatores sociais, psicológicos, econômicos e históricos etc., ou seja, os fatores reais que irão influenciar na criação da norma jurídica valores que o direito procura dizer. (...) Fontes Formais são as formas de exteriorização do direito, exemplo: Leis, Costumes, etc.²⁹.

Os doutrinadores Evaristo de Moraes Filho e Antônio Carlos Flores de Moraes tem a seguinte visão sobre este tema:

Com foros Universais de aceitação na teoria geral do direito, se não desaparece totalmente fica logo amenizada a ambiguidade desde que se demos seus conceitos exatos. Deixando de lado as fontes históricas (objetos ou atos exteriores pelos quais se pode extrair o conhecimento das regras concretas do direito existente do direito existentes em determinada época), podem ser ainda materiais e formais³⁰.

Tradicionalmente, a Lei e o Costume são considerados as principais fontes formais do direito, ou seja, a norma estabelecida e aceita pelo Estado. A Constituição da República é a mais importante fonte formal de produção estatal do direito de trabalho. Há que se mencionar ainda dentre estas fontes de produção estatal, a Consolidação das Leis de Trabalho.

1.2 – Conceito

Fonte vem do latim *fons*, com o significado de nascente, manancial³¹.

O significado vulgar, fonte tem o sentido de nascente de água, o lugar onde nasce água. Figuradamente, têm haver com a origem de alguma coisa, donde provém algo. Fonte do Direito tem significado metafórico, em razão de que o direito já é um direito de varias normas³².

De acordo com Pedro Nunes, fontes de Direito são considerados elementos diretos e essenciais da formação da instituição jurídicas de uma nação ou do seu direito positivo³³.

Porém, Délio Maranhão, acrescenta que as regras de Direito saem do húmus social, de onde se originam como as águas saem do solo: espontaneamente e naturalmente³⁴.

²⁹ MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.36.

³⁰ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 8. Ed. Rev. Atua. Ampl. São Paulo : ltr, 2000. P. 152.

³¹ MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 36.

³² IDEM.

³³ NUNES. Pedro. **Dicionário de Terminologia Jurídica**. 10. Ed. São Paulo: Renovar, 1979, v. 1, p. 459.

³⁴ SUSSEKIND. Arnaldo; MARANHÃO. Délio; VIANNA. Segadas; TEIXEIRA. Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19. Ed. São Paulo: Ltr, 2000, v.2, p.154.

Conclui-se, fonte de Direito do Trabalho significa: meio pelo qual o direito do trabalho se forma, se origina e estabelece suas normas jurídicas³⁵.

Emprega-se também o posicionamento de Maria Helena Diniz, que menciona a expressão de visão Kelseniana, fundamento de validade jurídico-positiva da norma jurídica³⁶.

O assunto em relação às fontes do ordenamento jurídico é um dos mais nobres e fundamentais de todo o Direito, é assunto nuclear da Filosofia Jurídica, na medida em que examina as causas e os fundamentos remotos e emergentes do fenômeno jurídico. É assunto da Ciência do Direito, na medida em que estuda os meios pelos quais esse fenômeno alonga exteriormente, é também assunto essencial a qualquer ramo jurídico específico, na medida em que discute as induções que levaram a formação das normas jurídicas em cada um dos ramos enfocados e os mecanismos concretos de alongar exteriormente essas normas³⁷.

Com muita ou pouca ênfase, sempre souberam os teóricos do direito que a norma jurídica é construída para regular a vida dos homens em sociedade, de modo, que a norma positiva surge sempre do meio social e para ele se volta, regulando-o neste ou naquele sentido, segundo o valor dominante que a informa³⁸.

O Direito é sempre o feito pelo homem, a sua decisão política, diante do dado social que lhe é oferecido, assim variando de uma ponta a outra, do materialismo ao idealismo, é sempre o fato social a fonte primária ou material do direito, mas não de modo automático e direto, tendo varias opções possíveis dentro da mesma sociedade, consubstanciando de quem for o detentor do poder político no momento³⁹.

Na seara do Direito do Trabalho esse assunto é de suma relevância por um segmento diferenciador em relação aos demais ramos existentes, contendo no seu interior uma forte presença de regras provindas de fonte privada, em anteposição ao universo de regras jurídicas oriundas da clássica fonte estatal⁴⁰.

Para Mauricio Godinho Delgado:

A palavra fontes, como se sabe, comporta relativa variedade conceitual. Além da acepção estrita de nascente, o verbete é utilizado no sentido metafórico, traduzindo a

³⁵ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5ª. ed. Niterói: Impetus, 2011. P. 53.

³⁶ DINIZ. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil**. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v.1, p.20.

³⁷ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. Ed. São Paulo: Ltr. 2011. p. 136.

³⁸ MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 8. Ed. Rev. Atua. Ampl. São Paulo : ltr, 2000. P. 218.

³⁹ IBIDEM, p. 218 -219.

⁴⁰ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. Ed. São Paulo: Ltr. 2011. p. 137.

ideia de início, princípio, origem, causa. A teoria jurídica captou a expressão em seu sentido metafórico. Assim no plano dessa teoria, fontes do direito consubstancia a expressão metafórica para designar a origem das normas jurídicas⁴¹.

Ao classificar as fontes jurídicas a ciência do Direito posiciona-se em dois grupos, divididos segundo a perspectiva de enfoque do fenômeno das fontes, tratando-se da conhecida tipologia fontes materiais de um lado e fontes formais do outro⁴².

As fontes materiais do Direito do Trabalho, sob a ótica econômica, estão em regra maior, atadas a existência e evolução do sistema capitalista, refere – se á Revolução Industrial, no século XVIII, e suas consequências na estruturação e propagação do sistema econômico trabalhista, da forma adaptada por esse sistema, baseada no modelo chamado grande indústria, ao contrário às velhas formas produtivas, tais como o artesanato e a manufatura, sendo fatores importantes que vieram a favorecer o nascimento do ramo justralhista a concentração e centralização dos empreendimentos capitalistas, tendência marcante desse sistema econômico-social⁴³.

Segundo Evaristo de Moraes Filho e Antônio Carlos Flores de Moraes, conceituam:

Fontes materiais, reais ou primárias significam os fatores ou elementos que determinam o conteúdo das normas jurídicas. A rigor, trata – se de problema estranho à ciência do direito em sentido rigoroso, isto é, à técnica do direito. Prende – se mais a objeto ou tema de sociologia, de filosofia ou mesmo de teologia jurídica. A norma jurídica encontraria sua origem em Deus, na natureza das coisas, na razão humana, na consciência dos homens, nos fatos normativos da própria sociedade, solidariedade social⁴⁴.

As fontes materiais justralhistas, sob a ótica sociológica, dizem respeito aos distintos processos de agregação de trabalhadores assalariados, em função do sistema econômico, nas empresas, cidades e regiões do mundo ocidental contemporâneo, processo este iniciado no século XVIII, com ênfase na Inglaterra, espalhou-se para a Europa Ocidental e norte dos Estados Unidos, logo a seguir, atingindo proporções significativas no transcorrer do século XIX. A urbanização crescendo, o estabelecimento de verdadeiras cidades industriais-operárias, a criação de grandes unidades empresariais, todos são fatores sociais de importância na formação do direito do trabalho e que tais fatores iriam favorecer a

⁴¹ DELGADO. Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. Ed. São Paulo: Ltr. 2001. p. 137.

⁴² IDEM.

⁴³ DELGADO. Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª Ed. São Paulo. Ltr 2001. p. 138.

⁴⁴ MORAES FILHO. Evaristo de; MORAES. Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo : Ltr, 2010, p. 218.

deflagração e o desenvolvimento de processos incessantes de reuniões debates, estudos e ações organizativas por parte dos trabalhadores, em busca de formas com capacidade produtiva de intervenção no sistema econômico circundante⁴⁵.

As fontes materiais justralhistas, sob a ótica política, ainda que deixando guardada forte relação com o assunto sociológico anteriormente abordado, dizem respeito as manifestações sociais organizadas pelos trabalhadores, de finalidade reivindicatória, como o movimento sindical, no plano das empresas e mercado econômico, e os partidos e movimentos políticos operários, reformistas ou de esquerda, atuando mais amplamente no ramo da sociedade civil e do Estado. Ressalta-se, também, que a dinâmica sindical, nas experiências clássicas dos países capitalistas desenvolvidos, emergiu não somente como meio indutor à elaboração de regras justralhistas pelo importante espectro do universo jurídico laboral daqueles países⁴⁶.

As fontes materiais justralhistas, sob a ótica filosófica, correspondem a ideias e correntes de pensamento que, articuladamente entre si ou não, proporcionando capacidade de produzir efeito na construção e mudança do Direito do Trabalho. Em primeira análise referem-se de vertentes filosóficas que contribuíram para a derrubada da antiga hegemonia do ideário liberal capitalista, preponderante até a primeira metade do século XIX. Tais ideias antiliberais, de base democrática, à proporção que combatiam o ideário elitista do liberalismo clássico e propunham formas de intervenção, no sistema econômico-social dominante, pelos vastos setores sociais despossuídos de riqueza, em particular os trabalhadores, apresentavam a intervenção normativa nos contratos de trabalho, seja através das regras jurídicas produzidas pelo estado ou pela negociação coletiva trabalhista, visando atenuar-se o desequilíbrio de poder inerente a relação de emprego, nesta mesma esteira, foram típicas fontes materiais, sob o prisma filosófico, o socialismo, nos séculos XIX e XX, e correntes político-filosóficas afins, qual seja o trabalhismo, socialismo cristão entre outras⁴⁷.

Sérgio Pinto Martins, em valorosa lição, explicita que as fontes materiais se caracterizam em:

São o complexo de fatores que ocasionam o surgimento de normas, envolvendo fatos e valores. São analisados fatores sociais, psicológicos, econômicos, históricos etc., ou seja, os fatores reais que irão influenciar da criação da norma jurídica,

⁴⁵ DELGADO. Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 10ª. Ed. São Paulo: Ltr. 2001. p. 138.

⁴⁶ IDEM.

⁴⁷ DELGADO. Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 10ª Ed. São Paulo. Ltr 2011. p. 139.

valores que o direito procura realizar⁴⁸.

Além dessas correntes de caráter socialista, trabalhista, social-democrático do mesmo gênero, existem demais linhas de raciocínio sistematizado que influenciaram, nos últimos cem anos, a criação ou edificação do Direito do Trabalho, como exemplo, o bysmarkianismo, no final do século XIX, o fascismo corporativismo, na primeira metade do século XX, e finalmente, o neoliberalismo, nas últimas décadas do século XX e início do século XXI, sem deixar de lado a dualidade político-filosófica dos tempos modernos, resultado da antítese democracia de um lado e do outro autocracia⁴⁹.

Para Vólia Bomfim Cassar, assim se manifesta:

O fenômeno da movimentação social dos trabalhadores, em busca de melhoria das condições de trabalho através de protestos, reivindicações e paralisações, constituiu fonte material de Direito do Trabalho. Da mesma forma as pressões dos empregadores em busca dos seus interesses econômicos ou para flexibilização das regras rígidas trabalhistas também são consideradas fontes materiais⁵⁰.

A fonte material de Direito do Trabalho é a junção social, política e econômica que influencia de forma direta ou indireta na confecção, transformação ou formação de uma norma jurídica, outrossim, as leis são feitas para a satisfação dos apelos sociais, e o direito para satisfazer a coletividade⁵¹.

Sendo certo afirmar que toda fonte formal já foi uma fonte material, contudo, nem toda fonte material chega a se transformar em formal, pois não se tornou coercitiva sobre os agentes sociais, apesar da movimentação desempenhada pelo grupo interessado para tanto⁵².

Na lição de Sérgio Pinto Martins, traz o seu significado quanto às fontes formais, aduzindo que estas são as formas de exteriorização do direito. Exemplos: Leis, Costumes etc.⁵³.

As fontes formais na lição de Vólia Bomfim Cassar :

As fontes formais são os comandos gerais, abstratos, impessoais e imperativos. Conferem a norma jurídica o caráter positivo, obrigando os agentes sociais. São

⁴⁸ MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24^a. ed. São Paulo: Atlas, 2001. P. 36.

⁴⁹ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10^a. Ed. São Paulo: Ltr. 2011. p. 139.

⁵⁰ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5^a. ed. Niterói: Impetus, 2011. P. 56.

⁵¹ IBIDEM. p. 56 – 57.

⁵² IBIDEM. p. 57.

⁵³ MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24^a. ed. São Paulo: Atlas, 2001. P. 36.

impostas e se incorporam às relações jurídicas. Ordenam os fatos segundo valores, regulam as relações e as ligam a determinadas consequências⁵⁴.

Tem uma discussão teórica relevante acerca do estuário das fontes jurídicas formais, discussão essa voltada para a unidade ou pluralidade dos núcleos de produção das fontes formais de direito os chamados centros de positividade jurídica, tendo duas teorias principais que fazem referência ao tema a monista e a pluralista⁵⁵.

Em primeira escala, a teoria monista, de filiação positivista, capitaneada por Hans Kelsen, sustentam que as fontes formais do Direito derivam de um único centro de positividade, o Estado, caracterizado como único dotado de coerção/sanção⁵⁶.

Em segunda escala, a teoria pluralista não considera válida a tese do exclusivismo estatal, sustentando a clara existência de distintos centros de positividade jurídica ao longo da sociedade civil, como o demonstram, ilustrativamente, o costume e os instrumentos jurídicos da negociação coletiva trabalhista, exemplo: contrato coletivo, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. Para a teoria pluralista a circunstância de se reconhecer no Estado o centro hegemônico de positividade jurídica não impede a percepção da nítida convivência, no âmbito societário, de outros núcleos de produção de fontes formais do direito⁵⁷.

A teoria monista procura buscar força à conclusão teórica Kelseniana de reduzir todo o fenômeno jurídico à regra, limitando a própria abrangência desta à matriz estatal, como demonstração o costume essa fonte formal de direito, que não é produzida pelo aparelho de Estado encontrando seu fundamento de validade e eficácia na própria e reiterada legitimação sociopolítica e cultural em que emerge e se reproduz, e não certamente em uma chancela estatal a posteriori, embora a lógica monista continua na validação, em última instância, pelo veio institucionalizado do Estado como requisito de ingresso do costume da ordem jurídica. O mesmo ocorre com inúmeras regras coletivas privadas, que regulam gerações jurídicas concretas em direções sequer ventiladas pela ordem justralhista estatal⁵⁸.

As fontes formais dividem – se em autônomas e heterônomas. Autônomas, diretas, não estatais ou primárias são as elaboradas pelos agentes sociais, sem que o Estado interfira, aparecem da vontade dos sujeitos da relação de emprego. Ao contrário, as heterônomas, estatais ou imperativas são as oriundas do Estado ou aquelas em que ele intervém na sua

⁵⁴ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5ª. ed. Niterói: Impetrus, 2011. P. 57.

⁵⁵ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. Ed. São Paulo: Ltr. 2011. p. 139.

⁵⁶ IDEM.

⁵⁷ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. Ed. São Paulo: Ltr. 2011. p. 139 – 140.

⁵⁸ IBIDEM. p. 140.

elaboração, resulta da atividade Estatal⁵⁹.

Segundo Orlando Gomes:

Chama de profissionais as fontes autônomas; de estatais, as confeccionadas apenas pelo Estado interno; de mistas aquelas em que o Estado participa junto com os agentes sociais na confecção da norma; e de internacionais, as emanadas de organismo estrangeiro⁶⁰.

As fontes do Direito do Trabalho podem ser divididas logo em Heterônomas que são: lei, regulamento, sentença normativa, regulamento de empresa, quando unilateral; e fontes Autônomas que são: costumes, convenção coletiva e ainda regulamento de empresa quando bilateral. Deve – se essa distinção à particular índole do direito do trabalho, ganhando o nome de heterônomas porque o comando normativo vem de fora da vontade das partes ou da parte principal, seja o Estado, o Tribunal do Trabalho ou o próprio empregador. Tratam – se autônomas, pelo contrário porque são os interessados que constroem, remota ou proximamente, a norma a que deverão se submeter, ou seja, significa dizer autodisciplinam a sua vida econômica e profissional, entrando nessa escala o regulamento de empresa, quando oriundo dos conselhos de empresa ou de convenções coletivas⁶¹.

Há, figuras que se encontram em situações turvas, ora sendo consideradas fontes normativas típicas, ora lhes sendo negada essa qualidade, mesmo no âmbito do direito do trabalho, podendo analisar o que acontece com a jurisprudência e, também, de certo modo, com os princípios gerais do direito⁶².

Podendo também, fazer referências a figuras como a doutrina e a analogia, quando em exame o tema das fontes. Nestes casos, a referência é efetuada, em geral com a intenção de deixar claro que tais figuras não compõem tecnicamente o espectro de fontes reveladoras do fenômeno do Direito⁶³.

O artigo 8º da Consolidação Das Leis de Trabalho dá orientação a respeito das fontes do direito do trabalho, quando afirma:

As autoridades administrativas e a justiça do trabalho, na falta de disposições

⁵⁹ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5ª. ed. Niterói: Impetrus, 2011. P. 57.

⁶⁰ GOMES. Orlando; GOTTSCHALK. Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 37.

⁶¹ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. Ed. São Paulo: Ltr. 2011. p. 141 - 142.

⁶² IDEM.

⁶³ IDEM.

legaisou contratuais decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público⁶⁴.

A jurisprudência não pode ser considerada como fonte do Direito do Trabalho, tendo em vista, ela não se figurar como norma obrigatória, mas indicando unicamente o caminho predominante em que os tribunais têm como posicionamento ao aplicar a lei, suprimindo, inclusive, eventuais lacunas desta última. Portanto não vincula, o juiz, que é livre para decidir as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações diretas de Inconstitucionalidade e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e indireta, esferas federal, estadual e municipal⁶⁵.

Cabendo ao Supremo Tribunal Federal, de ofício ou devido provocação, por intermédio de decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração Pública direta e indireta, vide artigo 103 – A da Constituição da República⁶⁶.

A doutrina também possui valioso critério para a análise do Direito do Trabalho, mas também não podemos dizer que venha a ser uma de suas fontes, justamente porque os juízes não estão obrigados a observar a doutrina em suas decisões, como muitas vezes a doutrina não acaba sendo pacífica contendo posicionamentos contrários⁶⁷.

Entretanto, é possível considerar como fontes do Direito do Trabalho: a Constituição, as Leis, os Decretos, os Costumes, as Sentenças Normativas, os acordos, as convenções, o regulamento de empresa e os contratos de trabalho que dentre alguns dos mencionados serão objeto do presente trabalho e conceituado tópico a tópico abaixo.

1.3 – A Constituição da República

A Constituição encontra – se no topo da hierarquia das normas jurídicas, pois ela é a que confere fundamento e eficácia a todas as demais regras existentes no país, assim,

⁶⁴ VADE MECUM RT/[Equipe RT]. 7. Ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

⁶⁵ MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001. P. 37.

⁶⁶ IBIDEM. p. 37 - 38.

⁶⁷ IBIDEM. p. 38.

possuindo prevalência na ordem jurídica⁶⁸.

Estabelecendo regras de convívio social e regras jurídicas que asseguram a liberdade, direitos e deveres aos cidadãos⁶⁹.

Cabe informar através da Ciência do Direito que a Constituição representa fonte normativa dotada de prevalência na ordem jurídica, sendo conferida a ela validade, fundamento e eficácia a todas as demais regras jurídicas existentes em determinado contexto jurídico nacional, sendo notório elucidar, que o fundamento de validade surge, em geral por abstração negativa, o que significa que a norma infraconstitucional será válida e eficaz desde que, não agrida a comando ou princípio constitucional estabelecido⁷⁰.

O confronto das regras jurídicas com os princípios e regras constitucionais provoca, como se sabe, distintos fenômenos relevantes, quais sejam revogação, recepção e da invalidação⁷¹.

No entendimento de Mauricio Godinho Delgado, assim nos traz:

A revogação ocorre quando a antiga regra infraconstitucional é suprimida da ordem jurídica, tácita ou expressamente, por não se compatibilizar com o novo quadro constitucional emergente. A recepção, por sua vez, acontece quando a antiga regra infraconstitucional preserva – se na ordem jurídica, por se mostrar compatível com o novo quadro constitucional emergente. Finalmente, a invalidação se passa quando a regra produzida choca – se com a ordem constitucional em vigor, esterilizando – se por declaração de inconstitucionalidade⁷².

A antiga tradição constitucionalista liberal, capitaneada por Thomas Cooley e seguida pelos primeiros constitucionalistas brasileiros, podendo ilustrar Rui Barbosa, agasalhava uma tipologia formal de regras constitucionais, construídas segundo a matéria envolvida na carta maior, tomando por base essas características adotadas, classificar-se-ia como constituição em sentido material o conjunto de regras relativas à estruturação e dinâmica do Estado, às atividades estatais descentralizadas, aos órgãos do poder estatal e, finalmente a declaração de direitos⁷³.

Essa antiga tipologia padece de inquestionável formalismo, semelhante ter como suposto a ideia do fenômeno jurídico como algo cristalizado e estático. Surgido a partir do

⁶⁸ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5ª. ed. Niterói: Impetrus, 2011. P. 59.

⁶⁹ IDEM.

⁷⁰ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. Ed. São Paulo: Ltr. 2011. p. 142 – 143.

⁷¹ IBIDEM. p. 143.

⁷² DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo : Ltr. 2011. P. 143.

⁷³ IDEM.

modelo liberal original do constitucionalismo de mais de duzentos anos atrás, obviamente que tal classificação não poderia assimilar as modificações substantivas vivenciadas pela realidade constitucional mais recente, nessa mesma esteira, a evolução das sociedades ocidentais não manteve intocado, é claro o receituário cultural das revoluções constitucionalistas liberais primitivas, oriundas do século XVII e XVIII e, de certo modo, ainda muito influentes em parte do século XIX. O desenvolvimento sociocultural posterior conduziu à incorporação ao cenário jurídico de perspectivas e temáticas novas, suplantando a construção teórica liberal e individualista subjacente à classificação enunciada anteriormente⁷⁴.

A primeira Constituição a tratar de direitos e princípios just trabalhistas foi a de 1934, diga – se de passagem de curtíssima duração, a partir desse primeiro experimento, todas as posteriores constituições incorporaram em seu interior preceitos de Direito do Trabalho, Cartas de 1937, 1946, 1967 e 1969, a Constituição de 1988, assim, ocupa posição singular nesse universo, por emergir como a mais relevante Carta de Direito já escrita no país, firmando pela primeira vez no âmbito constitucional, uma perspectiva coletiva e social na apreensão dos direitos e institutos considerados⁷⁵.

Partindo para eficácia jurídica da Carta Constitucional deve-se compreender a aptidão formal de uma norma jurídica para incidir sobre a vida material, regendo relações concretas, sendo de dimensão notável no direito Constitucional, visivelmente em sociedades, como a brasileira, caracterizada por recorrentes alterações políticas e constitucionais⁷⁶.

Sobre a eficácia das regras jurídicas constitucionais duas teorizações principais têm se confrontado elegendo efeitos distintos, tendo a corrente tradicional, inspirada na obra de antigos constitucionalistas, como Thomas Cooley e Rui Barbosa e a que filiam ainda autores contemporâneos, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tendo, em contra partida a corrente moderna, inspirada em jurista do Pós-Segunda Guerra Mundial, como o italiano Vezio Crisafulli, e desenvolvida no Brasil por autores como José Afonso da Silva, Michel Temer e Maria Helena Diniz⁷⁷.

A respeito da corrente tradicional existem dois tipos de normas constitucionais, normas autoexecutáveis e não autoexecutáveis⁷⁸.

Contudo Vólia Bonfim Cassar traz o conceito da corrente tradicional no aspecto as normas:

⁷⁴ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo : Ltr. 2011. P. 142 – 143.

⁷⁵ IDEM. p. 144.

⁷⁶ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. Ed. São Paulo: Ltr. 2011. p. 144.

⁷⁷ IBIDEM. p. 144 - 145.

⁷⁸ IBIDEM. p. 145.

Autoaplicáveis: Aproximam – se do que a doutrina clássica norte-americana chama de self-executing, self-enforcing ou self-acting. Pontes de Miranda as denominava de bastantes em si. Têm força normativa, pois não precisam de uma norma infraconstitucional para lhes dar aplicabilidade. Possuem todos os elementos para concretizar o direito materialmente. Nesta concepção sempre serão fonte de direito. Exemplo: horas extras remuneradas com acréscimo de 50%.

Não autoaplicáveis (not self-executing) ou “não bastantes em si”: estas normas precisam de regulamentação através de uma lei complementar ou ordinária para a sua aplicação e efetivação. De acordo com a jurisprudência trabalhista, que adotou a corrente tradicional, são normas desta espécie: a participação nos lucros, o aviso prévio proporcional e o adicional de penosidade (art. 7º, XI, XXI, XXIII, da CRFB – OJ nº 84 da SDI-I do TST). Outro exemplo é o do Salário família previsto no art. 7º, XII, da Carta para o trabalhador rural, pois só foi regulamentado a partir da publicação da Lei nº 8.213/91 – Súmulas nº 227 (já cancelada) e 344 do TST⁷⁹.

Segundo Mauricio Godinho Delgado:

Autoexecutáveis seriam aquelas regras que têm aplicabilidade imediata. Completas e definidas quanto a hipótese de incidência e seu conteúdo normativo (e no tocante a forma de se concretizarem), tais regras bastam – se a si mesmas, tendo, desse modo, aptidão formal para incidir e reger imediatamente situações fáticas concretas.

Não autoexecutáveis, por sua vez, são aquelas regras insuscetíveis de incidência e aplicação imediata, por dependerem de regra infraconstitucional ulterior que as complemente ou especifique. Pairam em certo limbo jurídico, sem aptidão para reger situações da vida concreta. Tecnicamente, sequer poderiam ser tidas como fontes do direito, dado não criarem, enquanto não completadas por lei, direito subjetivo ou pretensão material em favor de qualquer titular.⁸⁰

As normas não autoexecutáveis dividem-se em três tipos de preceitos, quais sejam, normas incompletas: não suficientemente definidas, no que toca à hipótese de incidência ou quanto à sua efetiva disposição de conteúdo; Como pode ser seguido de exemplificação: criação de institutos processuais sem indicação do procedimento aplicável, artigo 5º, LXXI, Constituição Federal de 1988, Mandado de Injunção. Normas Condicionadas: mesmo que pareçam suficientemente escolhidas quanto a hipótese e ao aspecto dispositivo, foram constitucionadas pelo texto magno, a uma lei posterior, que deverá precisar seus elementos integrantes, artigo 7º, XXI, Constituição Federal de 1988, Aviso Prévio Proporcional. Normas Programáticas: escolhem planos ou programas de atuação societária ou governamental, direcionando o futuro desenvolvimento jurídico. Podem supor lei subsequente para sua complementação ou regulamentação, como também exigem medidas administrativas para que

⁷⁹ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus. 2011. P. 60 e 61.

⁸⁰ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Ltr. 2011. P. 145.

possam se tornar efetivas⁸¹.

A corrente Moderna no que tange o enfoque da construção do critério de análise da eficácia das normas constitucionais é sumamente distinta da corrente tradicional⁸².

A corrente Moderna inicia do suposto de que a Constituição resulta de pacto político fundamental da sociedade envolvida, direcionando a estrutura nuclear das relações essenciais existentes naquela sociedade⁸³.

Nessa mesma esteira, a corrente moderna, liderada no Brasil pelo Jurista José Afonso Da Silva, as normas componentes de uma Constituição à sua eficácia jurídica possui três tipos principais de preceitos: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida, normas de eficácia limitada⁸⁴.

Para Mauricio Godinho Delgado, tem-se que:

Normas de Eficácia Plena: são as regras que têm aplicação imediata e integral, independentemente de legislação posterior para o alcance de sua cabal operatividade. São preceitos que não necessitam da intermediação do legislador infraconstitucional para que alcancem imediata aptidão para regência de situações concretas. Inúmeros são seus exemplos no texto de 1988: arts. 1º e 2º, CF/88(“Federação”, “Poderes da União”); art. 7º,III,XIII e XVII, CF/88(“FGTS”, “duração semanal no trabalho de 44 horas”, “1/3 sobre férias”).

Normas de Eficácia Contida: são aquelas regras constitucionais cuja eficácia seja redutível ou restringível por diploma infraconstitucional, conforme autorizado pela própria Constituição. Essas regras jurídicas têm aplicabilidade imediata, mas podem ter seu alcance reduzido (por isso fala-se em eficácia contida) pelo legislador infraconstitucional, segundo comando oriundo da própria constituição.

Normas de Eficácia Limitada: são aquelas regras constitucionais que dependem da emissão de uma normatividade futura para alcançar plena eficácia. Tais normas têm eficácia jurídica imediata, embora seja significativamente limitada essa eficácia. Cabe ao legislador ordinário integrar a eficácia de tais normas, mediante lei que lhes confira aptidão de execução em termos da regulamentação dos interesses constitucionalmente visados. Os preceitos de eficácia limitada dividem-se em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático⁸⁵.

Porem Vólia Bonfim Cassar, traz da seguinte forma:

Normas de Eficácia Plena: são aquelas que possuem aplicabilidade direta, imediata e integral, tendo em vista que elas podem ser aplicadas ao caso concreto, independentemente de uma norma regulamentadora que sobre elas disponha. A qualidade de integralidade da norma significa dizer que ela não admite contenção em seu conteúdo. Ex.: art. 1º, parágrafo único, e art. 2º da CRFB/88.

Normas de Eficácia Contida: são aquelas que possuem aplicabilidade direta,

⁸¹ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. Ed. São Paulo: Ltr. 2011. p. 145.

⁸² IBIDEM. p. 146.

⁸³ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. Ed. São Paulo: Ltr. 2011. p. 146.

⁸⁴ IDEM.

⁸⁵ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo: Ltr. 2011. P. 147 e 148.

imediate, tendo a sua eficácia independente da interferência do legislador ordinário, isto é, não dependem de lei ulterior para ter eficácia, mas ficam dependentes de limites ou circunstâncias restritivas. São aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva do Poder Público, nos termos em que a lei estabelecer. Um bom exemplo de norma de eficácia contida é a prevista no art. 5º, XIII, da CRFB: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.” Outro exemplo é o contido no art. 37, I, da CRFB: “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei”. Portanto, essas são normas que permitem que o legislador infraconstitucional limite a amplitude de sua eficácia.

As Normas de Eficácia Limitada: são as que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais desejados pelo legislador constituinte. A sua força normativa esta presente, porém, não há a concretude necessária para a sua aplicação ao caso prático, devido a necessidade de lei que sobre ela disponha. Ao mesmo tempo, a sua eficácia e densidade impedem que a norma infraconstitucional com ela colida. Ex.: art. 7º, XI, da CRFB – participação nos lucros (ressalta-se que a Lei nº10.101/00 não obrigou ao pagamento, apenas regulamenta a forma de pagamento de quem recebe) e art. 7º, XXI, da CRFB (aviso prévio proporcional ao tempo de serviço)⁸⁶.

Os preceitos de eficácia limitada são divididos em normas de Princípio Institutivo ou organizatório, dependente de lei para criar órgãos e instituições nela descritos, bem como, normas de princípio programático cujo conteúdo é um esquema governamental a ser implementado no futuro, traça linhas diretoras, pelos quais devem se orientar os Poderes Públicos⁸⁷.

O contraponto das duas correntes teóricas analisadas demonstra que a regra geral da corrente moderna é a eficácia imediata incontestada das normas contidas em uma carta constitucional, ao passo que a regra geral da corrente tradicional é a ausência de virtualidade e eficácia jurídicas imediatas dessas mesmas normas⁸⁸.

Após promulgada a Constituição através da carta Magna de 1988, um dos maiores desafios baseia – se na concretização de sua efetividade, tendo em vista que, nos últimos 20 (vinte) anos, surgiram três obstáculos de modo a comprometer o melhor cumprimento da decisiva atribuição institucional, de um lado, o ainda renitente manejo após 1988, de ultrapassada corrente tradicional, que nega eficácia jurídica a grande parte das regras da Constituição tidas como não autoexecutáveis, ou em segunda ordem, o manejo impróprio da teorização proposta pela vertente moderna de maneira a suprimir, na prática, qualquer mínima eficácia jurídica a normas tidas como de eficácia limitada⁸⁹.

⁸⁶ CASSAR. Vóloa Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5ª. ed. Niterói: Impetus. 2011. P. 61 e 62.

⁸⁷ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. Ed. São Paulo: Ltr. 2011. p. 148.

⁸⁸ IBIDEM. p. 148.

⁸⁹ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. Ed. São Paulo: Ltr. 2011. p. 149.

De outro maneira, a recusa a conferir efeitos jurídicos reais à função normativa dos princípios jurídicos reais à função normativa dos princípios jurídicos e, em consequência, dos vários e decisivos princípios constitucionais, como exemplo os princípios convergentes encontrado no caput do art. 37 da Constituição: impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, podendo ser deixado sem conteúdo, eficácia e efetividade caso considerada válida singela, ladina e manifestamente corporativa regra infralegal em sentido contrário, assim, infertilizam – se, no plano da vida real princípios normativos cardeais do texto máximo⁹⁰.

No campo justrabalhista, esta específica causa de não efetividade das normas constitucionais tem – se observado em especial no exame de vários preceitos da Consolidação das Leis de Trabalho relativos a estruturação, regência e funcionamento dos sindicatos e atuação sindical, muitas vezes aceitos semelhantes com a Constituição⁹¹.

Portanto a competência para legislar matéria do direito do trabalho é privativa da União, vide artigo 22, Inciso I da Constituição Federal, o que impede os Estados – membros e Municípios de o fazerem, de modo que as demais normas serão originadas da Constituição que especifica a elaboração e o campo de atuação⁹².

Assim as normas constitucionais podem revogar outras normas que sejam contrárias aos seus princípios.

1.3.1 – As Leis

Lei é palavra derivada do Latim *lex*, de *legere* (escrever), em sentido amplo significa o que esta escrito, mas no conceito jurídico é a regra jurídica escrita, instituída pelo legislador através de processo legislativo próprio, instituído pela Constituição Federal⁹³.

Consideram lei toda regra escrita, abstrata, geral e permanente, com força que emana da soberania do estado e é capaz de impor o respeito à norma legal sobre os agentes sociais, oriunda do Poder Público competente para cria-la⁹⁴.

Em sentido estrito as leis originam – se do Poder Legislativo e são sancionadas e promulgadas pelo Presidente da República.

As leis ao serem classificadas podem ser de acordo com:

⁹⁰ DELGADO. Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. Ed. São Paulo: Ltr. 2001. p. 149.

⁹¹ IBIDEM. p. 150.

⁹² MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 38.

⁹³ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus. 2011. p. 62.

⁹⁴ IBIDEM. p. 62 e 63.

Quanto á Hierarquia: As leis classificam – se como constitucionais, complementares, ordinárias e regulamentares; A Constituição da República Federativa do Brasil, que é a lei fundamental, apesar de estar sujeitas a emendas, é rígida, já que não encontra – se em constante elaboração; As Leis Complementares destinam – se a preencher dispositivos constitucionais e precisam ser aceitas por maioria absoluta dos membros das duas casas do Congresso Nacional – art. 69 da CRFB. Sobrepõem – se à lei ordinária, visto que normatizam o texto constitucional; As Leis Ordinárias são feitas pelo Congresso Nacional, respeitam e possuem um quórum de aceitação menor que o das leis complementares (art. 47, CRFB) e com campo de abrangência maior e menos específico que o da Lei Complementar; As Leis Delegadas são criadas pelo Presidente da República, com a prévia autorização do Congresso nacional, salvo nos casos previsto no art. 68, parágrafo primeiro, Incisos I, II e III, da CRFB. Os Decretos Legislativos também originam – se do Poder Legislativo, conforme art. 59, Inciso VI, da CRFB, e compreendem as deliberações em que se consagra uma medida qualquer de caráter administrativo ou político do Congresso Nacional. Aprovam os tratados, convenções e protocolos dos organismos internacionais; Os Decretos ou Regulamentos focam garantir o cumprimento da lei e das medidas provisórias criando em alguns momentos normas internas; A Medida Provisória que existe uma controvérsia, e como resultante duas correntes distinguindo se trata de lei ou não, onde a primeira defende que se trata de um ato administrativo com força provisória de lei, isto porque se já fosse lei, sequer precisaria ser convertida em uma, e a segunda sustenta tratar – se de ato normativo, já que a medida provisória integra o rol do artigo 59 da CRFB, fazendo parte assim do processo legislativo tendo força de lei na forma do artigo 62 da Carta Magna. É de ressaltar o raciocínio do Supremo Tribunal Federal, que manifestar o posicionamento de que se trata de um ato materialmente legislativo, admitindo seu caráter normativo, tendo natureza efêmera e precária⁹⁵.

Quanto à natureza: as leis podem se classificar como substantivas ou teóricas, quando definirem os direitos objetivos. Também são chamadas de leis materiais e prevalecem sobre as processuais, enquanto, as leis práticas ou adjetivas são as que instituem as regras e ritos processuais e informam os meios para fazer valer os direitos criados pelas leis materiais⁹⁶.

Quanto à força obrigatória ou caráter: as leis podem ser absolutas ou imperativas, e

⁹⁵ CASSAR. Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 5. Ed. Niterói: Impetrus. 2011. p. 63.

⁹⁶ IBIDEM. p. 64.

dividem-se ainda em imperativas ou proibitivas, também podem ser, dispositivas ou facultativas, que se dividem em declarativas, permissivas, supletivas e preceituais. A imperativa é a de força cogente, insuscetível de renúncia ou disponibilidade pela vontade da parte, preceituam um dever ou impõem uma obrigação, também recebendo o nome de coativas, terminam uma ordem positiva. A proibitiva ordena de forma negativa, uma abstenção ou proíbem que se pratique ou se faça determinado ato, classificam – se com as leis especiais, de exceção. As dispositivas ou facultativas não faz nem deixa de fazer, decorre simplesmente sobre determinados fatos, dando às pessoas certas faculdades instituindo regras ou formas, subdividem – se em declaratórias, permissiva, supletivas e preceituais. As permissivas são as que concedem uma faculdade, mas coloca limite ao arbítrio do agente, prescrevendo uma determinada forma ou um certo tempo para o exercício do direito, também reconhecidas de facultativas porque estabelecem uma faculdade que ainda não existia. As leis atributivas são as que passam direitos, atribuições e qualidade às pessoas. As declarativas ou explicativas não são independentes, e ao contrário das atributivas, servem para explicar, declarar ou definir o sentido de outra norma. Leis preceituais são as que determinam um preceito geral que deve ser utilizado na interpretação de leis ou no estudo de questões jurídicas. Definem ou explicam certos princípios legalmente estabelecidos ou corretos institutos jurídicos, sendo as definições legais⁹⁷.

Quanto a forma técnica: a lei pode ser feita sob a forma de consolidações, como exemplo Consolidações das Leis de Trabalho, Códigos e leis extravagantes que são as que aparecem após a promulgação das Consolidações e dos Códigos para complementar algo ou, também, para derrogar ou revogar parcialmente preceitos contido neles. O Código são leis estabelecidas de maneira originária pelo legislador, enquanto as consolidações são compilações de antigas legislações vigentes num só corpo normativo, assim, feitas de forma derivada⁹⁸.

Para Maurício Godinho Delgado, a respeito da lei trabalhista no Brasil, assim nos traz:

No Brasil, a lei trabalhista central, que incorpora a matriz essencial do modelo trabalhista do país, construído ainda na década de 30 até 1945, é a Consolidação das Leis de Trabalho (aprovada pelo decreto lei 5.452, de 1.5.43). Esse diploma, que vem se atualizando salpicadamente ao longo das décadas, contém normas de Direito Individual do Trabalho, Direito Coletivo do Trabalho, Direito Administrativo do Trabalho e Direito Processual do Trabalho⁹⁹.

⁹⁷ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. Ed. Niterói: Impetrus. 2011. p. 64 - 65.

⁹⁸ IBIDEM. P. 65.

⁹⁹ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo: Ltr. 2011. p. 151.

Para Sérgio Pinto Martins:

Temos diversas leis que tratam de Direito do Trabalho. A principal delas é uma compilação da legislação, a que se deu o nome de Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), consubstanciada no Decreto-lei nº 5.452, de 1-5-1943. Houve, portanto, uma reunião de normas esparsas que culminaram na CLT. Não se trata, assim, de um código, de algo novo, que iria instituir as normas de Direito do Trabalho, mas de uma consolidação, que vem justamente reunir a legislação esparsa sobre o tema existente no período anterior a 1943 e suas posteriores modificações. Um código importa a criação de um Direito novo, revogando a legislação anterior. A CLT apenas organiza e sistematiza a legislação esparsa já existente, tratando não só do Direito individual do trabalho, mas também do tutelar, do coletivo e até mesmo de normas de processo do trabalho. Vamos encontrar também não só regras pertinentes a relação entre empregado e empregador, mas também normas sobre a segurança e medicina do trabalho, sobre fiscalização trabalhista etc¹⁰⁰.

As principais leis ordinárias brasileiras, fonte de direito do trabalho, são Consolidação das Leis de Trabalho, oriunda em 1943, as leis extravagantes, não consolidadas, quais sejam acidentes de trabalho, aprendizagem industrial e comercial, repouso semanal remunerado, numerosa regulamentações profissionais, salário-família, fundo de garantia de tempo de serviço; Lei nº 8212/1991, que trata a respeito da organização da Seguridade Social e institui o Plano de Custeio; Lei nº 8213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefício da Previdência Social, Convenções Internacionais Ratificadas¹⁰¹.

Portanto a lei que visa garantir os direitos basilares dos empregados para com os empregadores e vice versa, é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

1.3.2 – Usos e Costumes

As duas figuras são elencadas juntas pela Consolidação Das Leis de Trabalho, como se ambas fossem fontes normativas¹⁰².

Ao conceituar uso entende-se a prática habitual adotada no contexto de uma relação jurídica específica, envolvendo as específicas partes componentes dessa relação e produzindo, em consequência, efeitos unicamente no delimitado âmbito dessas mesmas partes, nesse entendimento, o uso não emerge como ato, regra, não sendo assim norma jurídica, possuindo

¹⁰⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª. ed. São Paulo: Atlas. 2008. P. 38 e 39.

¹⁰¹ MORAES FILHO. Evaristo de; MORAES. Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo : Ltr, 2010, p. 222.

¹⁰² DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo: Ltr. 2011. P. 162.

o caráter de simples cláusula tacitamente ajustada na relação jurídica entre as partes envolvidas, podendo mencionar o que ocorreria com determinado procedimento que o empregador, reiteradamente, acolhesse com respeito a certo empregado, no que corresponde a uso, tal procedimento integrar – se – ia ao respectivo contrato de trabalho, potenciando repercussões jurídicas no campo interpartes¹⁰³.

Em contrapartida ao conceituar costume, a prática habitual adotada no contexto mais amplo de certa empresa, categoria, região, etc., honrando um modelo ou critério de conduta geral, impessoal, aplicável ad futurum a todos os trabalhadores integrados no mesmo tipo de contexto, possuindo caráter inquestionável de atos, regra, isto seria, normas jurídicas. Essa clara diferença de natureza em face dos usos é que responde pela circunstância de os diplomas normativos tecnicamente mais bem elaborados do que a Consolidação das Leis de Trabalho, como o artigo 126 e a Lei de Introdução ao código Civil, artigo 4º, abordarem somente ao que se refere ao costumes como fontes jurídicas supletivas, silenciando – se no tocante à figura dos usos¹⁰⁴.

O costume é a utilização reiterada de uma determinada postura jurídica, em uma certa época por um determinado grupo, é um fenômeno que na maioria das vezes não tem intervenção do Estado, assim, constitui – se em fonte autônoma do Direito do Trabalho¹⁰⁵.

Na lição de Evaristo de Moraes Filho e Antônio Carlos Flores de Moraes:

Muitos dos institutos atuais do direito do trabalho surgiram desses usos e costumes (aviso-prévio, justo motivo para dispensa, descanso, férias, colocação, etc.). Rigorosamente, a função do costume no direito moderno é de simples integração da lei, ou quando a ele expressamente se refere (*secundum legem*), ou quando, sem – se atirar com ela, suplementa – a em suas lacunas (*praeter legem*). Não se pode admitir o costume contra legem, derogador ou fazendo cair no desuso. A CLT refere – se aos costumes como fonte informadora do da relação de trabalho em alguns dispositivos, aqui sumariamente enumerados: arts. 8º, 458 e 460, inclusive no sentido de usos do negócio, que Mossa chama de ordem do exercício, e Barassi, de usos interpretativos, isto é, a prática das empresas. Enquanto o costume é fonte de normas, esses usos servem como meio para interpretar a vontade das partes, por isso que são habitualmente cumpridos e executados pelos demais contratantes¹⁰⁶.

As súmulas, orientações jurisprudenciais e a jurisprudência, quando consagradas e analisadas espontaneamente como comportamento do conjunto, representam um costume dos

¹⁰³ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo: Ltr. 2011. P. 162 - 163.

¹⁰⁴ IDEM. P. 163.

¹⁰⁵ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus. 2011. P. 72

¹⁰⁶ MORAES FILHO. Evaristo de; MORAES. Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo : Ltr, 2010, p. 224.

tribunais trabalhistas, por ser o costume fonte de direito, sendo possível, que aquelas sob esta ótica possam ser consideradas de forma indireta, como sendo fonte heterônoma de direito pois o Estado participa de sua elaboração¹⁰⁷.

Logo, muitas das normas legais existentes surgiram devido aos usos e costumes utilizados pelas sociedades.

1.3.3 – Jurisprudência

A expressão jurisprudência é originada da conjugação dos termos, em latim, jus (Direito) e prudência (sabedoria), que significa utilização do direito ao caso concreto, ela não se forma por decisões isoladas, mas sim após uma série de decisões no mesmo sentido.¹⁰⁸

Jurisprudência não é fonte de direito, pois é a forma pela qual os Tribunais interpretam a lei, doando utilidade ao caso concreto. Sob essa visão, não é abstrata, impessoal e genérica, pois reflete a posição de um caso particular que foi estudado pelos Tribunais, assim, não obrigando os demais juízes, que são livres para decidir conforme suas próprias convicções, não constituindo fonte de direito¹⁰⁹.

Para Lênio Luiz Strteck, de forma diversa defende:

Que a jurisprudência é sim fonte de direito, e por suas razões: uma, porque influencia na produção de normas individuais; outra, porque participa da produção do fenômeno normativo, apesar de sua maleabilidade. E diante conclui: A jurisprudência acaba impondo ao legislador uma visão nova dos institutos jurídicos, forçando o processo de criação das leis na direção da orientação construída pelos tribunais. Assim, é indubitoso que a jurisprudência no Brasil se constitui, além de fonte de normas jurídicas gerais, em uma fonte subsidiária de informação e alimentação ao sistema de produção de normas jurídica¹¹⁰.

A jurisprudência é a resultante da adequação das possibilidades abstratas previstas em lei aos casos concretos submetidos a julgamento. A lei é geral e abstrata, o direito e a justiça fazem questão de uma apreciação particular, diante deste paradoxo, cabe ao juiz humanizar a lei, utilizando-a a cada caso, quando o julgador, decidi uma lide ele interpreta a lei impondo a sua decisão, julgando com equidade, na maioria das decisões contém a mesma interpretação

¹⁰⁷ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus. 2011. P. 72

¹⁰⁸ IBIDEM. p. 74.

¹⁰⁹ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. Ed. Niterói: Impetrus. 2011. p. 74.

¹¹⁰ STRECK. Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio Grande do Sul: Livraria do advogado, 2000, p. 84.

de determinada situação correspondente à jurisprudência, logo a uniformização destas com procedimento próprio enseja a súmula e as orientações jurisprudenciais¹¹¹.

Assim, são reconhecidas vinculantes as súmulas que não têm apenas um caráter orientador para a comunidade jurídica, mas que são obrigatórias para todos, determinando aos juízes de instâncias inferiores a forma de julgamento no sentido em que foi sumulada a questão, passando a ser fonte formal de direito, agindo de forma impessoal, abstrata, geral e coercitiva sobre os julgadores. Aprovada pela Emenda Constitucional nº 45/04, conforme redação prevista no art. 103 – A da Carta Magna, depreendendo – se do preceito constitucional que somente as súmulas da Corte Suprema possuem caráter Vinculante¹¹².

Na lição de Evaristo de Moraes Filho e Antônio Carlos Flores de Moraes, assim nos traz:

O artigo 8º da Consolidação Das Leis de Trabalho refere-se expressamente a jurisprudência como fonte das decisões judiciais quando a lei for omissa. Mesmo se excluirmos a sentença coletiva, não como negar que, no direito do trabalho, a jurisprudência desempenha imenso papel construtor, quase criador, na aplicação do direito objetivo. Ela muitas vezes, pode ser considerada, em verdade, o direito positivo aplicável, principalmente sob a forma de súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos¹¹³.

Em outubro de 1982 a jurisprudência predominante uniformizada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), formalmente passou a ter o nome de súmula, pois alguns dos sessenta prejulgados até então existentes foram convertidos, em 1982, nas súmulas 130 a 179 do Tribunal Superior do Trabalho¹¹⁴.

Enquanto as orientações jurisprudenciais não são súmulas, pois precisam de maior maturidade acerca da matéria discutida, elas se originam de matérias anteriores, de precedentes recolhidos a respeito do tema, demonstrando apenas uma inclinação do tribunal naquele sentido, logo, possui status inferior ao da súmula, se o entendimento for mantido a orientação jurisprudência “OJ” se transformará em súmula¹¹⁵.

Diga – se de passagem, que o conceito de súmula vem do latim *summula*, que significa sumário, restrito¹¹⁶.

¹¹¹ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus. 2011. P. 75

¹¹² IBIDEM. p. 75

¹¹³ MORAES FILHO. Evaristo de; MORAES. Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo : Ltr, 2010, p. 225.

¹¹⁴ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus. 2011. P. 76.

¹¹⁵ IDEM.

¹¹⁶ IDEM.

Quanto aos precedentes normativos estes resultam nos registros das decisões oriundas dos dissídios coletivos, com intenção de uniformizá-las mais tarde. Quando as condições reivindicadas na petição inicial da ação coletiva são concedidas por varias decisões coletivas os precedentes são positivos, quando denegadas, são negativos¹¹⁷.

As orientações jurisprudenciais emanadas da Seção de Dissídios Coletivos “SDC”, e Seção de Dissídios Individuais “SDI – I e II”, do Tribunal Superior do Trabalho cristalizam a tendência da jurisprudência do Tribunal superior do Trabalho ora em matérias coletivas ora em matérias decidias em dissídios individuais, porém ainda não tiveram a autoridade exigida para se transformarem em súmulas¹¹⁸.

O Colendo, Tribunal Superior do Trabalho, no ano 2000, dividiu a seção de dissídios individuais em duas, sendo subseção I e subseção II, tendo como ideia central para essa divisão deixar com que cada um ficasse responsável por determinadas causas, fazendo com que houvesse uma harmonia maior nas decisões, em razão dessa especialização¹¹⁹.

As súmulas vinculantes são aquelas que não têm apenas um caráter orientador para a comunidade jurídica, mas que são obrigatórias para todos, determinando os juízes de instâncias inferiores ao julgamento no sentido em que foi simulada a questão, como anteriormente mencionado a Emenda Constitucional de 45/2004 introduziu na Carta Magna a possibilidade de criação destas, vide artigo 103-A, mas somente no âmbito do Supremo tribunal Federal¹²⁰.

As súmulas possuem o posicionamento majoritário de determinado tribunal, servindo de orientação para toda a comunidade jurídica para tentar harmonizar julgamentos futuros sobre a questão sumulada¹²¹.

O objetivo delas é conforme Sérgio Pinto Martins nos traz:

Trazer paz social no julgamento das matérias, possuindo um papel construtivo para dar correta interpretação de lei ou abrandar seu rigor para fazer justiça. Além disso, é instrumento eficaz para diminuir as demandas judiciais¹²².

Diferentemente de súmulas vinculantes, as súmulas impeditivas não conseguem impedir que o juiz julgue conforme seu entendimento, se julgar contra a súmula caberá

¹¹⁷ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. Ed Niterói: Impetrus. 2011. P. 76.

¹¹⁸ IBIDEM. P. 77.

¹¹⁹ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus. 2011. P. 77.

¹²⁰ IBIDEM. P. 78.

¹²¹ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus. 2011. P. 78.

¹²² MARTINS. Sérgio Pinto. **Comentários às Súmulas do TST**. São Paulo: Atlas. 2005. P. 3.

recurso, se julgar na forma da súmula, não caberá recurso, tendo como intenção clara em diminuir o número de recursos recebidos pelos Tribunais Superiores, para aliviar a justiça, sem, contudo ferir a autonomia dos juízes¹²³.

Súmula Impeditiva de recurso tem a finalidade de não deixar acontecer que a interposição de recurso impetrado contra decisão que estiver em consonância com a matéria sumulada no Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, previstas na Lei 11.276/06, com vigência desde 08/05/2006¹²⁴.

Sendo assim, para que possa ter uma visão mais apurada do assunto prudente que seja aguardado o desenrolar da controvérsia ou a promulgação de lei, pois enquanto não houver lei específica que permita ao Tribunal Superior do Trabalho editar súmula impeditiva de recurso, este Tribunal Superior fica impedido de julgá-la¹²⁵.

Os precedentes e as orientações se diferenciam das súmulas por dois motivos, o primeiro: para que as decisões se transformem em precedentes ou orientações não tem a necessidade do procedimento e do quórum exigido para a uniformização da jurisprudência em súmula – artigo 896, parágrafo 3º, da CLT c/c Lei nº: 7.701/88. Artigo 4º, b, c/c artigos 476 a 479 do CPC; e o segundo motivo por registrarem as decisões proferidas nos dissídios coletivos, apenas os precedentes normativos, orientações jurisprudenciais da Seção dos Dissídios Coletivos, onde, por força de lei artigo 114, parágrafo 2º, da Constituição Da República Federativa do Brasil, podia-se julgar por equidade, construindo regras e condições de trabalho não previstas em lei¹²⁶.

A edição de súmulas, precedentes e orientações jurisprudenciais são os instrumentos mais utilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho, como forma de diminuição do trabalho, como pode mencionar que em 2006, cada ministro recebia por volta de 3.800 processos ao ano para julgamento, havendo abuso deste direito, pois algumas orientações jurisprudenciais têm sido expedidas a partir de uma única decisão, como pode ilustrar antigas Orientações Jurisprudenciais 182 e 194 da Seção dos Dissídios Individuais – I do tribunal Superior do Trabalho, atualmente convertidas nas súmulas 85 e 387 do Tribunal Superior do Trabalho, ou de duas decisões como é o caso da Orientação Jurisprudencial número 188 da Seção de Dissídios Individuais – I do Tribunal Superior do Trabalho¹²⁷.

As súmulas originadas de outros órgãos e aquelas expedidas pelos tribunais

¹²³ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus. 2011. P. 79.

¹²⁴ IDEM.

¹²⁵ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus. 2011. P. 79.

¹²⁶ IBIDEM. P. 80.

¹²⁷ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus. 2011. P. 80.

trabalhistas, precedentes e orientações caracterizam-se em um eficaz instrumento de trabalho para o juiz agilizar a prestação jurisdicional e aliviar o judiciário, principalmente o Tribunal Superior do Trabalho, pois ensejam o trancamento do recurso de revista – Súmula nº 333 do Tribunal Superior do Trabalho c/c art. 896, parágrafo 4º, da Consolidação Das Leis de Trabalho, Orientação Jurisprudencial 219 e 336 da Seção de Dissídios Individuais, tendo essas semelhanças trazidas entre uma e outra, causando o mesmo efeito paralisam o recurso de revista¹²⁸.

A segunda semelhança entre orientações jurisprudenciais e súmulas é que ambas decidem lides e aliviam as relações, doutrinando os agentes sociais, que elucidam ministrar remédio vencido a doente é mesmo que mata-lo, isto significa dizer, recorrer contra súmula é o mesmo que perder tempo, pois a decisão que contrariá-la será alterada, de maneira, que o empregador buscando evitar um passivo trabalhista comporta da forma recomendada pelo posicionamento majoritário do Tribunal superior do Trabalho, acerca de determinada matéria¹²⁹.

Portanto podendo fazer uso das jurisprudência quando a lei for omissa, usando as de cisões judiciais como fontes.

1.3.4 – Convenções e Acordos Coletivos

As convenções coletivas e acordos coletivos são espécies de negócio jurídico, de vigência temporária maior de dois anos, vide artigo 614, parágrafo 3º, da Consolidação das Leis de Trabalho¹³⁰.

A Consolidação das Leis do Trabalho conceitua convenção coletiva como o acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, nos âmbitos das respectivas representações, as relações individuais do trabalho, a convenção, deriva, pois, de negociações feitas por entidades sindicais, envolvendo o âmbito de categoria, vide artigo 611, caput, da consolidação das Leis de Trabalho¹³¹.

A Consolidação das Leis de Trabalho, conceitua como sendo facultativo aos sindicatos

¹²⁸ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5 ed Niterói,: Impetrus. 2011. P. 80.

¹²⁹ IBIDEM. P. 81.

¹³⁰ IBIDEM. P. 71.

¹³¹ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo: Ltr. 2011. P. 158.

representativos de categorias profissionais realizar acordos coletivos com uma ou mais empresas da categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho, vide artigo 611, parágrafo 1º, da Consolidação das Leis de Trabalho¹³².

São acordos coletivos extrajudiciais que estabelecem normas de caráter abstrato e impessoal, realizados entre o sindicato representativo da categoria econômica (empregadores) e o sindicato representativo da categoria profissional (empregados) – convenção coletiva, ou entre o sindicato da categoria profissional e uma ou mais empresas, acordo coletivo, em que se estabelecem condições de trabalho que atingem os integrantes daquelas categorias convenientes, na base territorial dos respectivos sindicatos, durante o período de vigência nele fixado, limitado pela lei¹³³.

Reconhecidos no inciso XXVI do artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil, as convenções e os acordos coletivos de trabalho. Sendo as convenções coletivas os pactos firmados entre dois ou mais sindicatos, de um lado o sindicato patronal e do outro o sindicato profissional (dos trabalhadores), a respeito das condições de trabalho para a categorial, vide artigo 611 da Consolidação Das Leis de Trabalho, enquanto, os acordos coletivos, são os pactos celebrados entre uma ou mais de uma empresa e o sindicato da categoria profissional a respeito de condições de trabalho, parágrafo 1º, do artigo 611 da Consolidação das Leis de Trabalho¹³⁴.

Délio Maranhão posiciona-se da seguinte forma:

É fonte autônoma de direito, pois cria normas abstratas e impessoais para os membros da categoria de uma determinada base territorial, sem a intervenção estatal¹³⁵.

Contudo, as regras que forem sendo definidas em convenções e acordos coletivos serão de observância nas categorias respectivas, consubstanciando – se em uma das fontes do direito do trabalho¹³⁶.

¹³² DELGADO. Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª ed. São Paulo: Ltr: 2011. p.158.

¹³³ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus. 2011. P. 72.

¹³⁴ MARTISN. Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª. ed. São Paulo: Atlas. 2008. P. 40.

¹³⁵ SUSSEKIND. Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA. Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21. Ed. São Paulo: LTr, 2003, v. 1, p. 157.

¹³⁶ MARTISN. Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª. ed. São Paulo: Atlas. 2008. P. 40.

1.3.5 – Sentença Normativa

Com a Sentença normativa, fica a frente de uma das duas fontes típicas do direito do trabalho, a outra seria a tratada anteriormente, a convenção coletiva. Representa ela o caminho jurisdicional do conflito coletivo do trabalho, normalmente suscitado perante os tribunais através dos sindicatos de classe. Têm-se por ela, também chamada coletiva, a composição dos conflitos coletivos, de interesse ou jurídico, entre os sindicato do trabalhadores e parte, sempre coletiva, da categoria econômica, de modo, que o limite máximo de sua aplicação é a categoria devidamente apresentada pelo sindicato, dentro da respectiva base territorial¹³⁷.

Constitui a sentença normativa uma das fontes peculiares do Direito do Trabalho, recebe este nome sentença normativa a decisão dos Tribunais Regionais do Trabalho ou do Tribunal Superior do Trabalho, nos julgados de dissídios coletivos. A justiça do trabalho possui competência para estabelecer normas e condições de trabalho, conforme artigo 114, parágrafo 2º, da Constituição da Republica Federativa do Brasil, assim, por meio dessas sentenças normativas em dissídio coletivo que serão fundadas, modificadas, ou extintas as normas e condições aplicáveis ao trabalho, gerando direitos e obrigações a empregados e empregadores, possuindo efeito erga omnes, isso significa dizer que é válida para todas as pessoas integrantes da categoria econômica e profissional envolvidas no dissídio coletivo¹³⁸.

Para Evaristo de Moraes Filho e Antônio Carlos Flores de Moraes, o seguinte posicionamento acerca do assunto:

Na composição dos conflitos de interesses, ao estabelecer novas condições de trabalho normativas, a sentença coletiva é formalmente um ato jurisdicional, mas, materialmente, participa do poder constitutivo da lei. Abstrata, indeterminada, geral, serve de título jurídico válido para as reclamações concretas, individuais dos interessados perante a justiça do trabalho (art. 872, parágrafo único, da CLT)¹³⁹.

Para Vólia Bomfim Cassar, assim manifesta-se:

¹³⁷ MORAES FILHO. Evaristo de; MORAES. Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo : Ltr, 2010, p. 222.

¹³⁸ MARTISN. Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª. ed. São Paulo: Atlas. 2008. P. 39 - 40.

¹³⁹ MORAES FILHO. Evaristo de; MORAES. Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo : Ltr, 2010, p. 223.

São fontes heterônomas de direito porque criam normas genéricas, impessoais e abstratas para a categoria a que se destinam. Normalmente não se aplicam em todo território nacional, mas apenas sobre a base territorial dos sindicatos dissidentes. Têm forma de sentença, por se constituírem em ato do Poder Judiciário, entretanto, equiparam-se materialmente à lei¹⁴⁰.

No posicionamento de Maurício Godinho Delgado:

A EC n. 45/2004 aprofundou a incorporação de tais críticas ao singular instituto, criando restrição nova ao ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica: havendo recusa de qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é – lhes facultado, de comum acordo, ajuizar a referida ação coletiva (artigo 114, parágrafo 2º, ab initio, CF/88, conforme EC n. 45/2004). Em consequência, a falta de concordância (ainda que tácita) do suscitado quanto à propositura do dissídio coletivo de natureza econômica poderá conduzir, segundo a jurisprudência que se tem mostrado dominante, à extinção do processo sem resolução do mérito¹⁴¹.

As sentenças normativas são decididas nos julgados de um dissídio coletivo, cuja vigência máxima é de quatro anos, artigo 868, parágrafo único, da CLT¹⁴².

1.3.6 – Princípios Gerais do Direito

São admitidos como princípios gerais do direito os que decorrem, por abstração, do próprio ordenamento jurídico positivo, partem deste, como proposição inicial, para a construção de uma cadeia ou edifício sistemático, não constituindo conhecimentos apriorísticos e ontológicos, frutos da razão abstrata, embora atinjam o plano elevado dos valores, como visão homogênea, coerente e sistemática de todo o conjunto¹⁴³.

O artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e o artigo 8º da Consolidação das Leis de Trabalho, fazem o trabalho de junção da norma jurídica, sendo que na seara do direito do trabalho, são princípios seus gerais aqueles que lhes servem de fundamento, que justificam a sua própria existência como norma tutelar, reguladora de um verdadeiro equilíbrio social e econômico, mas visando a paz social, o bem estar e a organização do trabalho¹⁴⁴.

Para Sérgio Pinto Martins, a respeito dessa matéria assim nos traz:

¹⁴⁰ CASSAR. Vóloa Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5ª. ed. Niterói: Impetus. 2011. p. 71.

¹⁴¹ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo: Ltr. 2011. p. 157.

¹⁴² CASSAR. Vóloa Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5ª. ed. Niterói: Impetus. 2011. p. 71.

¹⁴³ MORAES FILHO. Evaristo de; MORAES. Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo : Ltr, 2010, p. 226.

¹⁴⁴ IBIDEM. p. 227.

Certos princípios de Direito Civil, principalmente de contratos, são aplicáveis ao Direito do Trabalho. Podemos lembrar os princípios de que o contrato faz lei entre as partes, ou da força obrigatória dos contratos. Disso decorre a *pacta sunt servanda*, ou seja: os acordos devem ser cumpridos. Lembre – se, ainda, do princípio da *exceptio non adimpleti contractus*, ou seja: nenhum dos contraentes pode exigir o implemento de sua obrigação antes de cumprir sua parte no pactuado (art. 476 do CC). O empregado só recebe salários se prestar serviços. Existe, também, o sinalagma inerente a qualquer contrato, em que há uma reciprocidade de direitos e obrigações. O contrato tem função social (art. 421 do CC), gerando direitos e obrigações para as partes, assim como busca – se paz social com o referido pacto, acertando as partes suas divergências, em que cada uma cede para chegar a um resultado¹⁴⁵.

Os princípios de Direito cumprem funções distintas, atuando até mesmo na fase de estruturação da regra de direito, fases estas pré-jurídica ou política, sendo que a atuação mais relevante será na fase jurídica típica depois de consumada a elaboração da regra¹⁴⁶.

Na fase pré-jurídica, que é visualmente política, voltada a realização das regras e institutos do Direito, os princípios despontam como proposições fundamentais que propiciam uma direção coerente na construção do direito. Os princípios gerais do direito e os específicos a determinado ramo normativo tendem a influir no processo de construção das regras jurídicas, orientando o legislador no desenvolvimento desse processo, nessa escala, os princípios agem como verdadeiras fontes materiais do Direito, na medida em que se postam como fatores que influenciam na produção da ordem jurídica¹⁴⁷.

Na fase propriamente jurídica, os princípios desempenham funções distintas e combinadas, classificando-se segundo a função específica assumida, aparecendo, nesse caso, em um plano os princípios: Descritivos ou Informativos: recebem esse nome porque propiciam uma leitura reveladora das orientações essenciais da ordem jurídica analisada, atuando em primeiro lugar como proposições ideais que podem levar um sentido coerente na interpretação da regra de Direito, não atuam como fonte formal do direito, mas como instrumental de auxílio a interpretação jurídica; Normativos Subsidiários: atuam como fontes normativas subsidiárias, à falta de outras regras jurídicas utilizáveis pelo interprete e aplicador do direito em face de um singular caso concreto, como se fosse regra jurídica específica, sendo o que acontece em situações de recurso necessário a integração jurídica, em decorrência da falta de regras jurídicas aplicáveis no conjunto das fontes normativas principais existentes, recebendo o nome de princípios jurídico subsidiários, na medida em que agem como verdadeiras regras jurídicas em face de casos concretos não regidos por fonte normativa

¹⁴⁵ MARTISN. Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª. ed. São Paulo: Atlas. 2008. P. 59 e 60.

¹⁴⁶ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo: Ltr. 2011. p. 183.

¹⁴⁷ IDEM.

principal de ordem jurídica é o que ocorre quando a lei autoriza o recurso pelo juiz, à interpretação jurídica, artigo 8º, da Consolidação das Leis de Trabalho, artigo 4º, Lei de Introdução ao Código Civil, e artigo 126 do Código de Processo Civil; Normativos Concorrentes: atua de modo geral, em concurso com a interpretativa da regra analisada, ora estende o comando desta, ora o restringe, podendo até mesmo esteriliza, a partir absorção de seu sentido no âmbito mais abrangente cimentado pelos princípios correspondentes, nesse mesmo assunto, se uma regra legal realiza o comando genérico contido em certo princípio, mas entra em confronto com outro, pode prevalecer, sem dúvida, em face do peso do princípio realizado, não significando, que o princípio preferido não tenha certa influência na compreensão da norma enfocada, atenuando, adequadamente, seus efeitos pensados na origem¹⁴⁸.

Portanto, os princípios favorecem à correta percepção do sentido do instituto e da norma no conjunto do sistema normativo em que se integra, por essa razão, os princípios na ciência jurídica, não somente preservam irrefutável validade, como se destacam pela qualidade de importantes contribuições à compreensão global e integrada de qualquer universo normativo¹⁴⁹.

Para Mauricio Godinho Delgado, coloca-se o seu entendimento:

A importância dos princípios na Ciência do Direito, entretanto, não tem obviamente o condão de transformá-los em axiomas absolutos e imutáveis. Ao contrário, sua validade se preserva apenas caso considerados em seus limites conceituais e históricos específicos, enquanto sínteses de orientações essenciais assimiladas por ordem jurídicas em determinados períodos históricos. Os princípios jurídicos despontam, assim como sínteses conceituais de nítida inserção histórica, submetendo – se a uma inevitável dinâmica de superação e eclipsamento, como qualquer outro fenômeno cultural produzido¹⁵⁰.

Outrossim, na seara da Ciência do Direito o conceito dos princípios são tidos como proposições fundamentais que relatam a compreensão do fenômeno jurídico, noutro sentido, são diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que após concluídas, a eles retornam, atualizando as informações¹⁵¹.

¹⁴⁸ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo: Ltr. 2011. p. 183-184-185.

¹⁴⁹ IBIDEM. p. 182..

¹⁵⁰ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo: Ltr. 2011. p. 182.

¹⁵¹ IDEM.

CAPITULO II – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

2.1 – Conceito e Previsão Legal

O adicional de insalubridade é devido ao trabalhador que quando no ambiente de trabalho estiver exposto a situações nocivas à sua saúde, enquanto executar o serviço, sendo estas agressões vindas a ser causadas por agentes físicos, químicos ou biológicos, para compensar o trabalho realizado nestas condições, o empregador tem que pagar ao empregado adicional legal integral, não dependendo o tempo que o empregado ficar exposto ao agente nocivo, sendo calculado sobre o salário mínimo ou sobre o salário profissional, quando este é devido ao empregado por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, salvo no caso dos técnicos em radiologia, cujo percentual indicará sobre o piso salarial desta categoria¹⁵².

Assim, tem que o adicional de insalubridade é devido ao empregado que presta serviços em atividades insalubres, sendo calculada a razão de 10% grau mínimo 20% grau médio e 40% grau máximo, sobre o salário mínimo, conforme artigo 192 da Consolidação Das Leis de Trabalho¹⁵³.

Na visão de Mauricio Godinho Delgado, tem que:

Os adicionais correspondem a parcela salarial deferida suplementarmente ao obreiro por este encontrar – se, no plano do exercício contratual, em circunstâncias tipificadas mais gravosas. A parcela adicional é, assim, nitidamente contraprestativa: paga – se um plus em virtude do desconforto, desgaste ou risco vivenciados, da responsabilidade e encargos superiores recebidos, do exercício cumulativo de funções, etc. Ela é, portanto, nitidamente salarial, não tendo, em consequência caráter indenizatório (ressarcimento de gastos; despesas; reparação de danos, etc.). Este é o entendimento que prevalece na doutrina e jurisprudências pátrias (inúmeras súmulas construíram – se atestando a natureza salarial dos adicionais: 60 e 265; 76 e 291; 80 e 248 todas do TST). Está, portanto, superada, no país, a classificação indenizatória que eventualmente se realiza quanto aos adicionais em algumas poucas análises ainda divulgadas na literatura justralhista¹⁵⁴.

O conceito legal de insalubridade encontra-se previsto no artigo 189 da Consolidação das Leis de Trabalho, nos seguintes termos:

¹⁵² CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetrus. 2011. P. 872.

¹⁵³ MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 231.

¹⁵⁴ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo: Ltr. 2011. p. 711.

Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos¹⁵⁵.

Se a utilização de Equipamento de Proteção Individual, eliminar ou reduzir a nocividade, o empregado não terá mais direito ao adicional, vide súmula 280 do Tribunal Superior do Trabalho, porem, a simples utilização não representa a eliminação do adicional de insalubridade, vide súmula 289 do Tribunal Superior do Trabalho, pois poderá haver apenas a redução do agente nocivo, e também pelo fato de o empregador deve estar sempre buscando medidas de diminuir ou eliminar a nocividade¹⁵⁶.

Quanto à utilização do Equipamento de Proteção Individual, cabe ao empregador ficar atento, fiscalizar, se o empregado está ou não utilizando, se caso não o fizer ficará responsável pelo ato, por outro lado, para evitar futuras situações desconfortáveis devido a inadimplência do empregado pode o empregador demiti-lo por justa causa, por descumprimento da regra de medicina e segurança do trabalho, amparado ainda pelas razões do artigo 158, parágrafo único, b, da Consolidação das Leis de Trabalho¹⁵⁷.

Para Alice Monteiro de Barros, sustenta que:

Infelizmente de forma absurda, o TST vem sustentando que os adicionais não se acumulam caso o empregado esteja exposto a mais de um agente nocivo, baseado na vedação contida no item 15.3 da NR – 15, da portaria de nº 3.214/78. Entendemos de forma diversa. Se o adicional visa indenizar a nocividade do trabalho executado pelo empregado, se as nocividades são múltiplas, os adicionais também deveriam ser. Ademais, não pode uma portaria impor obstáculo não criado pela lei.¹⁵⁸

Portanto, não é permitido deferir adicional de insalubridade quando o pedido era de periculosidade, mesmo quando restar comprovada por prova pericial a insalubridade, pois no pedido de pagamento de insalubridade, a causa de pedir não vincula o pedido, melhor colocando, o trabalhador pode indicar uma nocividade, mas outra pode ser comprovada pela prova pericial e isto não impedirá o legislador de deferir o pedido, desde que prevista no quadro do Ministério do Trabalho, vide súmula nº 293 do Tribunal Superior do Trabalho¹⁵⁹.

As normas gerais relativas ao adicional em comento estão elencadas na CLT nos

¹⁵⁵ VADE MECUM RT/[Equipe RT]. 7. Ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁵⁶ CASSAR. Vóloa Bomfim. Direito do Trabalho. 5ª. ed. Niterói: Impetus. 2011. p. 874.

¹⁵⁷ IBIDEM.

¹⁵⁸ BARROS. Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr. 2005. P. 741.

¹⁵⁹ CASSAR. Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 5ª. ed. Niterói: Impetus. 2011. p. 874.

artigos 189 a 197 e as disposições complementares, conforme disposto no art. 200 do mesmo instituto, serão elaboradas pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Cabe ressaltar que os adicionais possuem duas classificações: legal e convencional, e, o adicional legal possui duas subdivisões quais sejam abrangentes e restritos, conforme explica Mauricio Godinho Delgado:

Legais são os adicionais previstos em lei, ao passo que convencionais são aqueles criados pela normatividade infralegal (CCT ou ACT, por exemplo), ou pela vontade unilateral do empregador ou bilateral das partes contratuais.

Os adicionais legais abrangentes são aqueles que se aplicam a qualquer categoria de empregados, desde que situado o obreiro nas circunstâncias legalmente tipificadas.

[...]

Adicionais legais restritos são aqueles que se aplicam a categorias específicas e delimitadas de empregados, legalmente referida, desde que situado o obreiro nas circunstâncias ensejadoras de adicional¹⁶⁰.

Essas disposições foram editadas mediante a elaboração da Norma Regulamentadora n. 15 da Portaria Ministerial n° 3.214//78, que dispõe sobre os critérios a serem observados para aferição da atividade insalubre e da posterior concessão do adicional¹⁶¹.

Ressalte-se que, além de observar as disposições da NR n. 15 deverá ser feita uma perícia no suposto ambiente insalubre.

2.2 – Da Proteção ao Meio Ambiente de Trabalho

Na Antiguidade e na Idade Média não é encontrado um sistema de normas jurídicas destinado à proteção dos seres humanos no trabalho¹⁶².

É de saber, com o advento da Revolução Industrial e de novos processos industriais, modernização das máquinas, começaram a surgir doenças ou acidentes decorrentes do trabalho¹⁶³.

Para Alice Monteiro de Barros, acerca do assunto tem-se que:

Em geral, as condições em que se realiza o trabalho não estão adaptadas à

¹⁶⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 712.

¹⁶¹ **Norma regulamentadora °15, da portaria n° 3214de 1978**. Disponível em <http://portal.mte.gov.br/legislacao/norma-regulamentadora-n-15-1.htm> Acesso em: 27 de novembro de 2012.

¹⁶² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 541.

¹⁶³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. Ed. São Paulo: Atlas. 2005. P.621.

capacidade física e mental do empregado.

[...]

As más condições de trabalho provocam riscos já conhecidos há muitos anos e que continuam a ser difundidos.

[...]

A esses riscos aliam-se outros que surgem acompanhados do progresso tecnológico, como exposição a substâncias químicas, cujos efeitos ainda são mal conhecidos a curto prazo e os que decorrem da automação.¹⁶⁴

A partir desse momento, há necessidade de elaboração de normas para melhorar o ambiente de trabalho em seus mais diversos aspectos, de modo que o trabalhador não possa ser prejudicado com agentes nocivos a sua saúde¹⁶⁵.

Neste contexto, a Constituição Federal, Lei maior do país, traz em seu art. 7º, alguns direitos conquistados: são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança¹⁶⁶.

Já no art. 200, VIII diz que “ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”¹⁶⁷.

Amauri Mascaro do Nascimento, assim nos traz:

O meio ambiente do trabalho é, exatamente, o complexo máquina- trabalho: as edificações do estabelecimento, equipamentos de proteção individual, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade ou insalubridade, de periculosidade ou não, meios de prevenção à fadiga, outras medidas de proteção ao trabalhador, jornadas de trabalho e horas extras, intervalos, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais que formam o conjunto de condições de trabalho etc.¹⁶⁸.

Observa-se, assim, a importância de ambas as partes envolvidas na relação trabalhista contribuírem com a sua respectiva obrigação. Desta forma “não há dúvida de que a primeira condição que o empregador está obrigado a cumprir é assegurar aos trabalhadores o desenvolvimento das suas atividades em ambiente moral e rodeado de segurança e

¹⁶⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. Ed. São Paulo: LTr, 2011. P. 838.

¹⁶⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. Ed. São Paulo: Atlas. 2005. P.637.

¹⁶⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm .Acesso em 24 de Novembro de 2012.

¹⁶⁷ IDEM.

¹⁶⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 529.

higiene”¹⁶⁹.

Enquanto para o empregado, compete utilizar de maneira correta os meios disponibilizados para garantia de sua segurança, a fim de concretizar o objetivo principal do preceito da Proteção ao Meio Ambiente de Trabalho.

2.3 – Saúde do Trabalhador Como Um dos Direitos Fundamentais

A saúde é um dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, conforme expõe o seu art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição¹⁷⁰”.

E ainda, a saúde, encontra na Carta Magna, no capítulo II, do Título VIII, Seção II, seus preceitos.

Neste sentido vem o art. 196, da Constituição Federal:

A saúde é direito de todos e dever do estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação¹⁷¹.

Enquanto Amauri Mascaro Nascimento, posiciona da seguinte forma:

A proteção jurídica à saúde do trabalhador, [...] é da maior importância, crescendo a sua dimensão no direito do trabalho, porque diz respeito não apenas à qualidade de vida do trabalhador, mas, também à sua integridade física e bem estar¹⁷².

Para Luiz Carlos Amorim Robortella, assim nos traz:

Um complexo de fatores físicos, químicos ou biológicos que atuam sobre o trabalho humano, em todas as suas formas. Com esse conceito o ambiente do trabalho se funde não só com espaço interno do estabelecimento empresarial, mas também para a abranger a moradia e o espaço urbano, ou seja, qualquer *habitat* laboral, pouco

¹⁶⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 528.

¹⁷⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm .Acesso em 27 de novembro de 2012.

¹⁷¹ IDEM.

¹⁷² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 530.

importando o tipo de vinculação na relação de trabalho¹⁷³.

O dano ao meio ambiente acarreta sanções de natureza civil, administrativa e penal. O mesmo ocorrerá se a infração referir às normas de preservação da sadia qualidade de vida do trabalhador no meio ambiente do trabalho, também se aplicando o que dispõe o artigo 225 da Constituição Federal no seu parágrafo 3º.

O doutrinador Arion Sayão Romita, elucida a respeito dando seu parecer:

Expressa com muita propriedade que o meio ambiente do trabalho seguro constitui direito fundamental dos trabalhadores. As normas aplicáveis a ele são dotadas de congência absoluta e asseguram aos trabalhadores direitos indisponíveis, ante o caráter social que revestem e o interesse público que as inspira. Não podem sofrer derrogação nem mesmo pela via negocial coletiva. O interesse público está presente quando se trata de meio ambiente do trabalho, cujo alcance ultrapassa o interesse meramente individual de cada trabalhador envolvido, embora seja ele o destinatário imediato da aplicação da norma¹⁷⁴.

Para Anízio Pires Gavião Filho, menciona o seu entendimento:

Que o direito fundamental ao ambiente apresenta caráter duplo, configurando, ao mesmo tempo, um direito subjetivo e um caráter de ordem objetivo. O direito fundamental ao ambiente configura um direito subjetivo no sentido de que todos os indivíduos podem pleitear o direito de defesa contra aqueles atos lesivos ao ambiente. Isso pode ser demonstrado pela norma contida no artigo 5º, Inciso LXXIII, da Constituição Federal, que legitima o cidadão a promover ação popular para anular ato lesivo ao ambiente. O direito fundamental ao ambiente como um elemento de ordem objetiva tem seu conteúdo expressado nas incumbências, a cargo do Estado, tendentes a assegurar a todos a realização do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. É exatamente disso que tratam as normas do art. 225, §1º, da CF, fixando objetivos estatais para a realização do direito ao ambiente juridicamente vinculante para o legislador, em primeiro lugar, para o Executivo e para o Judiciário. Dessa integração da dimensão objetiva com a dimensão subjetiva é que o direito fundamental ao ambiente tem a sua conformação jurídico-constitucional completa, conforme as normas da disposição do art. 225 da Constituição¹⁷⁵.

O exercício do direito fundamental proporciona outro, dentro de certo limite. É em seu conteúdo essencial que os direitos fundamentais atuam como limite dos limites, dando garantia a manutenção da ordem jurídica.

Positivada na Constituição Federal como um direito fundamental, a saúde do

¹⁷³ ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **Direito do trabalho e meio ambiente**. In: SILVESTRE, Rita Maria; et al. São Paulo: LTr, 1997, p. 193.

¹⁷⁴ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 386.

¹⁷⁵ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Direito fundamental ao ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 39.

trabalhador deve ser garantida em qualquer hipótese e, quando atingida, deve ser suprimida através de algum meio de reparação. Como ocorre nos casos de exposição a agentes insalubres que é devido o adicional de insalubridade.

2.4 – Graus de Insalubridade

Acompanhando a evolução do trabalho, teve-se o desenvolvimento das leis referentes a ele.

Um exemplo desses é a legislação que trata da insalubridade e seu grau de fixação. À medida que o tempo foi passando ela foi sofrendo atualizações que acompanharam a necessidade do trabalhador de acordo com o trabalho prestado, podendo utilizar o ensinamento que expõe Eduardo Gabriel Saad:

Dec.-lei n. 21.364, de 4.5.32, em seu art. 4º proibia, expressamente, o trabalho em horas suplementares, além das oito horas diárias, aos industriários empregados em serviços insalubres. Mesmo alterado pelo Dec.-lei n. 2.308, de 13.6.40, aquele diploma legal manteve a dita proibição. O pagamento adicional por trabalho sob condições insalubres foi instituído pela primeira vez, no Brasil, por meio da Lei n.185, de 14.1.36. Admitia sua fixação até 50% a mais do salário mínimo. Logo a seguir o Dec.-lei n. 399, de 30.4.38, veio regulamentar a Lei n. 185, dando às Comissões de Salário Mínimo o poder de fixar o adicional até aquele máximo de 50% da remuneração mínima. Nesse mesmo diploma legal — art. 4º — dispôs que cabia ao Ministério do Trabalho elaborar o quadro das indústrias insalubres, o que deu origem à Portaria SMC n. 51, de 13.4.39¹⁷⁶.

Com a edição do Decreto- Lei n. 2.162 de 1º de maio de 1940, teve-se a divisão da insalubridade nos seus graus mínimo, médio e máximo que se encontra atualmente em vigor, conforme se extrai do art. 6º do citado Decreto:

Art. 6º 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 seguida veio o Decreto-Lei 389, de 26 de dezembro de 1968, em seu art. 3º, §1º, confirmar os graus de insalubridade:
Art. 3º Os efeitos pecuniários, inclusive adicionais, decorrentes do trabalho nas condições da insalubridade ou da periculosidade atestadas, serão devidos a contar da data do ajuizamento da reclamação. § 1º Enquanto não se verificar haverem sido

¹⁷⁶ SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho: comentada**. 40. ed. Atual., ver. e ampl. São Paulo: LTr, 2007. P. 252.

eliminadas suas causas, o **exercício de atividades ou operações insalubres assegura a percepção de adicionais respectivamente de 40%, 20% e 10% do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo**¹⁷⁷.

A Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977, veio para alterar o capítulo V da Consolidação das Leis do Trabalho e assim modificou o seu art. 192 passando este a tratar dos graus de insalubridade, outorgando três graus: mínimo onde são devidos 10%, médio com 20% e máximo somando 40%, conforme referido artigo traz em sua redação:

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 mínimo.¹⁷⁸

Conforme o exposto, a insalubridade é devida em três graus: mínimo sendo devido o percentual de 10%, médio com 20% e máximo com o valor de 40%.

Ressalta-se que o adicional é devido aquele trabalhador que opere em local insalubre desde que as condições estejam acima dos limites fixados por lei¹⁷⁹.

O Ministério do Trabalho e Emprego, através da NR 15 da Portaria nº 3.214 de 08 de junho de 78, define o percentual devido do adicional de insalubridade proporcional ao ambiente insalubre que o trabalhador está sujeito, conforme seus anexos:

Anexo 1 – Níveis de ruído contínuo ou intermitente superiores aos limites de tolerância. Percentual de 20%.

Anexo 2 – Níveis de ruído de impacto superiores aos limites aos limites de tolerância. Percentual de 20%.

Anexo 3 – Exposição ao calor em condições superiores aos limites de tolerância. Percentual de 20%.

Anexo 4 – Revogado.

Anexo 5 – Níveis de radiações ionizantes superiores aos limites de tolerância. Percentual de 40%.

Anexo 6 – Ar comprimido. Percentual de 40%.

Anexo 7 – Radiações não ionizantes consideradas insalubres, em decorrência de laudo de inspeção realizada no local de trabalho. Percentual de 20%.

Anexo 8 – Vibrações consideradas insalubres, em decorrência de laudo de inspeção realizada no local de trabalho. Percentual de 20%.

Anexo 9 – Frio considerado insalubre, em decorrência de laudo de inspeção realizada no local de trabalho. Percentual de 20%.

¹⁷⁷ **Decreto Lei nº 2.162, de 1º de maio de 1940.** Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=37717> acesso em 27 de novembro de 2012.

¹⁷⁸ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 186.

¹⁷⁹ SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho: comentada**. 40. ed. Atual., ver. e ampl. São Paulo: LTr, 2007. P. 253.

Anexo 10 – Umidade considerada insalubre, em decorrência de laudo de inspeção realizada no local de trabalho. Percentual de 20%.

Anexo 11 – Agentes químicos quando ultrapassados os limites de tolerância. Percentuais de 10%, 20% e 40%.

Anexo 12 – Poeiras minerais com concentrações superiores aos limites de tolerância. Percentual de 40%.¹⁸⁰

Segundo Giovanni Moraes de Araújo, assim nos traz:

A NR-15 estabelece dois tipos de critérios para caracterização da insalubridade: quantitativos e qualitativos.

No critério quantitativo configura-se a insalubridade quando a concentração do agente de risco encontra-se acima dos limites de tolerância estabelecidos pelos anexos 1, 2, 3, 5, 8, 11 e 12 da NR-15.

No critério qualitativo a insalubridade é caracterizada por avaliação pericial da exposição ao risco, pelo inspeção da situação de trabalho para os agentes listados nos anexos 6, 7, 9, 10, 13, 13-A e 14 da NR-15.

Exemplificando: O anexo 5 trata sobre radiações ionizantes e é considerada de grau máximo. O anexo 7 versa sobre radiações não ionizantes e é considerado de grau médio. O anexo 11 apresenta os agentes químicos, e pode ser considerado de grau mínimo, médio e máximo, conforme o agente¹⁸¹.

Importante destacar que é vedada a cumulação de fatores insalubres no adicional de insalubridade conforme traz a NR 15, em seu subitem 15.3: “No caso de incidência de mais de um fator de insalubridade, será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito de acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa¹⁸²”.

O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho segue o exposto acima, conforme se colhe da sua jurisprudência:

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DOIS AGENTES INSALUBRES. GRAU MÉDIO E MÍNIMO. CUMULATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. I - Discute-se nos autos a viabilidade de serem cumulativamente concedidos ao trabalhador os diferentes graus de insalubridade detectados pelo laudo pericial provenientes de agentes insalubres por ruído excessivo e contato com poeira de cimento. **II** - O § 2º do artigo 193 da CLT possibilita ao empregado optar pelo adicional de insalubridade a que tenha direito, ainda que também o tenha em relação ao adicional por atividades perigosas, a teor de seu *caput*. **III** - Significa dizer que o dispositivo contém vedação à percepção concomitante dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, advindo, o primeiro, de fatores nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos (artigo 189 da CLT) e o segundo, de atividades ou operações

¹⁸⁰ **Norma regulamentadora nº15, da portaria nº 3214de 1978.** Disponível em <http://portal.mte.gov.br/legislacao/norma-regulamentadora-n-15-1.htm> Acesso em: 20de abril de 2012.

¹⁸¹ ARAÚJO, Giovanni Moraes de. **Normas regulamentadoras comentadas**. 4. ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Gerenciamento Verde Consultoria, 2003/2004. v. 1 e 2.

¹⁸² CASSAR. Vóloa Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5ª. ed. Niterói: Impetus. 2011. p. 874.

perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado (artigo 192, *caput*, da CLT). **IV** - Embora não exista expressa previsão legal para a situação na qual se constate mais de um agente insalubre no local de trabalho, e sobre os quais recaiam graus diferentes de ofensa à saúde, é razoável a exegese de que, se a lei não autoriza a percepção simultânea de adicionais de insalubridade e periculosidade, cujas origens são sabida e diversamente delimitadas, também não permite a ilação de que sejam cumuláveis os percentuais relativos ao grau médio e mínimo, como no caso presente. Precedente da SBDI-1. **V** - A vedação vem também expressa no Item 15.3 da NR 15, in verbis: "**No caso de incidência de mais de um fator de insalubridade, será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito de acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa**". **VI** - Recurso desprovido¹⁸³. (grifo nosso).

E ainda, tira-se da doutrina que “os adicionais de insalubridade não são acumulativos nem tão pouco direito adquirido. Esses incidem sobre as horas extras, adicional noturno, recolhimento do FGTS e cálculos rescisórios¹⁸⁴”.

Essa vedação é de entendimento majoritário, porém Alice Monteiro de Barros, diverge dessa orientação:

Entendemos que, se as condições de trabalho do empregado são duplamente gravosas, é cabível o pagamento dos dois adicionais, pois houve exposição a dois agentes insalubres diferentes, que podem ocasionar prejuízos a diversos órgãos do corpo humano.

[...]

Saliente-se que a determinação contida na NR-15 da Portaria n. 3.214, de 1978, no sentido de se considerar apenas o fator de insalubridade de maior grau, no caso de incidência de mais de um agente insalubre, extrapola os limites da própria lei, que não proíbe a cumulação de mais de um adicional de insalubridade. Se se permitir tal dispositivo, o empregador poderá perder o estímulo de eliminar outros agentes agressivos, porquanto a Portaria só o onera com o pagamento de um deles¹⁸⁵.

O pagamento do adicional de insalubridade se dá através de percentuais, por grau mínimo, médio e máximo. Assim prevê o artigo 192 da Consolidação das Leis de Trabalho.

Artigo 192 O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção do adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário mínimo, segundo se classifiquem nos graus máximo,

¹⁸³ **Tribunal Superior do Trabalho.** Recurso de Revista, nº 124400-56.2005.5.04.0008, Relator: Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Julgado em 06/08/2008, Disponível em: www.tst.jus.br acesso em 01 de novembro de 2012- as 13:14 hs.

¹⁸⁴ ARAÚJO, Giovanni Moraes de. **Normas regulamentadoras comentadas.** 5. ed.v. 1 e 2. Ver. ampl. E atual. Rio de Janeiro: Verde, 2005. P. 535.

¹⁸⁵ BARROS. Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 7. Ed. São Paulo: LTr, 2011. P. 623.

médio e mínimo¹⁸⁶.

O percentual a ser adotado varia a cada caso, baseando-se no que o Ministério do Trabalho considera acima dos limites de tolerância a saúde.

No tocante ao técnico em radiologia, o adicional a ser utilizado corresponde ao percentual de 40%, incidente sobre 2 (dois) salários mínimos profissionais da região, como previsto no artigo 16 da Lei 7.394 de 1985¹⁸⁷.

Na atualidade, o indexador utilizado para a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário mínimo.

2.5 – Agentes Causadores da Insalubridade

É caracterizado por insalubridade conter certos fatores agressivos no ambiente de trabalho que com o passar do tempo acabam por prejudicar a saúde do empregado, assim o, Ministério do Trabalho e Emprego, através da Norma Reguladora – 15 da portaria 3.214/78 citou quais seriam os agentes que caracterizariam a insalubridade e classificou ainda em três grupos:

Em relação à insalubridade, o risco a saúde pode ser causado por agentes físicos, químicos ou biológicos, sendo que entre os primeiros pode – se destacar ruídos, temperaturas extremas, vibrações, umidade, pressões anormais e radiações, porem, entre os segundo, os agentes poderiam ser poeiras e fibras, neblinas névoas, gases e vapores, bem como, entre os últimos, vírus, bactérias, fungos e parasitas em geral.

Menciona Edwar Abreu Gonçalves:

Que se o trabalhador desenvolver atividades que se evidencie a exposição continuada aos agentes nocivos dos anexos da NR-15, poderá ter o seu exercício profissional caracterizado como insalubre, no qual se configura uma das duas hipóteses normativas. Nas atividades ou operações que desenvolvem acima dos limites de tolerância previstos nos anexos números 1. Ruído Contínuo ou Intermitente; 2. Ruído de Impacto; 3. Calor Radiante; 5. Radiações Ionizantes; 8. Vibrações; 11. Agentes Químicos e 12. Poeiras Minerais, Convém ressaltar que, para se caracterizar a exposição insalubre em relação a esses agentes nocivos, é indispensável uma avaliação quantitativa no local do trabalho, com a utilização de aparelhos de medição específicos para cada agente insalubre, de modo que comprove se os correspondentes limites de tolerância foram extrapolados; Nas

¹⁸⁶ VADE MECUM RT/[Equipe RT]. 7. Ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁸⁷ CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5ª. ed. Niterói: Impetus. 2011. p. 873.

atividades ou operações mencionadas nos Anexos números 6. Pressões Hiperbáricas; 7. Radiações Não – Ionizantes; 9. Frio; 10. Umidade; 13. Agentes Químicos e 14. Agentes Biológicos¹⁸⁸.

Para esses agentes nocivos, impõe – se realizar uma avaliação qualitativa no local de trabalho, de maneira que seja constatado se o trabalho desenvolvido enquadra – se perfeitamente na situação tipificada no correspondente anexo, sendo indevida, porem, a utilização de aparelhos de medição, até porque a norma regulamentadora – 15 não fixou limites de tolerância para esses agentes danosos à saúde¹⁸⁹.

Assim, o Ministério do Trabalho e Emprego através da NR-15 da portaria 3.214/78 citou quais seriam os tais agentes que caracterizariam a insalubridade e ainda, classificou em três blocos:

a) Agentes físicos – ruído (contínuo e intermitente), calor, radiações, frio, vibrações e umidade; agentes químicos – poeira, gases, vapores, névoas e fumos; agentes biológicos – microrganismos, vírus e bactérias¹⁹⁰.

Ademais, é de frisar que segundo os princípios de Higiene do Trabalho, a ocorrência da doença profissional, depende da natureza da intensidade e do tempo de exposição ao agente agressivo¹⁹¹.

Com base nesses fatores foram estabelecidos limites de tolerância para os referidos agentes que, no entanto, representem um valor numérico baixo do qual se acredita que a maioria dos trabalhadores expostos a agentes agressivos, durante a sua vida laboral, não contrairá doença profissional. Contudo, do ponto de vista dos parâmetros para a avaliação e controle dos ambientes que têm como foco a prevenção, não podem ser encarados com rigidez e sim como trabalho¹⁹².

Portanto, por exemplo, um trabalhador exercendo uma atividade que não é considerada insalubre conforme a NR – 15, da Portaria 3.214/78 e estando em contato com o ruído intermitente, porem fora do nível de tolerância, explícito nesta norma regulamentadora, mais que esteja causando dano, poderá adquirir uma surdez permanente, já que a NR-15, da

¹⁸⁸ GONÇALVES. Edwar Abreu. **Manual de Segurança e Saúde no Trabalho**. 3ª. ed. São Paulo: LTr. 2006. P. 364.

¹⁸⁹ IDEM.

¹⁹⁰ SALIBA . Tuffi Messias; ANGELI. Márcia Correa Chaves. **Insalubridade e Periculosidade Aspectos Técnicos e Práticos**. 4. Ed. São Paulo: LTr. 1998. P. 11.

¹⁹¹ IDEM.

¹⁹² SALIBA. Tuffi Messias; ANGELI. Márcia Correa Chaves. **Insalubridade e Periculosidade Aspectos Técnicos e Práticos**. 4. Ed. São Paulo: LTr. 1998. P. 12.

Portaria 3.214/78 esta desatualizada com as pesquisas de Higiene e Segurança do Trabalho¹⁹³.

No entanto, o adicional de insalubridade somente será devido enquanto perdurarem as condições desfavoráveis a saúde do trabalhador, visto que se modificadas essas condições, impõe – se a modificação da obrigação ou mesmo o total desaparecimento. Havendo mais de um fator de insalubridade, será apenas considerado o grau mais elevado para efeito de acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa¹⁹⁴.

Alice Monteiro de Barros elucida com bastante clareza, que o trabalho em condições insalubres, envolve maior perigo para a vida do trabalhador e, devido a isso ocasiona um acréscimo na remuneração do empregado¹⁹⁵.

Importância esta que encontra amparo legal na redação da Súmula 47 do Tribunal Superior do Trabalho: “O Trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstância, o direito a percepção do respectivo adicional¹⁹⁶”.

Tendo em vista que, as condições insalubres serem prejudiciais à saúde do trabalhador que mesmo no caso de alguém trabalhar permanentemente em condições insalubres possui direito ao adicional. A Súmula tem duas funções diante dessa questão, primeiro fortalecer o dispositivo constitucional do artigo 7º, Inciso XXIII, no sentido de garantir ao empregado um direito social indispensável, quando reconhecido sua existência, e segundo fazer valer ao empregado que trabalhando intermitentemente em condições insalubres, enfrenta grande ameaça contra sua saúde de forma constante.

2.6 – Critérios Adotados para Caracterização da Insalubridade

Os critérios adotados para a caracterização da insalubridade são definidos através das normas do Ministério do Trabalho conforme se extrai do art. 195, da CLT: “a caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do

¹⁹³ OLIVEIRA. Sebastião Geraldo de. Op. Cit. 1998. P. 157 - 158

¹⁹⁴ VIANNA. Cláudia Salles Vilela. Manual Prático das Relações Trabalhistas. 8. Ed. São Paulo: LTr. 2007. P. 431.

¹⁹⁵ BARROS. Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7. Ed. São Paulo: LTr, 2011. P. 767.

¹⁹⁶ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Livro de Súmulas**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_pdf_atual.pdf. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

Trabalho, registrado no Ministério do Trabalho¹⁹⁷”.

Ainda sobre o assunto, acrescenta o autor José Aparecido dos Santos:

O adicional de insalubridade normalmente é deferido nas demandas trabalhistas depois de realizada perícia por Engenheiro de Segurança do Trabalho ou Médico do Trabalho em que fique demonstrado o enquadramento da atividade do empregado em alguma daquelas discriminadas na Norma Regulamentadora 15¹⁹⁸.

No entendimento de Valentin Carrion:

A tipificação da insalubridade depende, para cada caso, do que o Ministério do Trabalho considere acima dos limites toleráveis à saúde. O adicional é devido de acordo com o grau de insalubridade (máximo, médio e mínimo), e consiste em percentual variável (40, 20 e 10%, respectivamente) sobre o salário base (alterado pela súmula 228 do TST em acordo com a Súmula Vinculante n.4 do STF)¹⁹⁹.

A NR 15 da Portaria MTE nº 3.214 de 08 de junho, de 1978 controla a insalubridade, e em seu item 15. 1e subitem traz as atividades ou operações que serão consideradas insalubres. Quais sejam:

15.1.1 Acima dos limites de tolerância previstos nos Anexos n.º 1, 2, 3, 5, 11 e 12;
15.1.2 (Revogado pela Portaria MTE n.º 3.751, de 23 de novembro de 1990)
15.1.3 Nas atividades mencionadas nos Anexos n.º 6, 13 e 14;
15.1.4 Comprovadas através de laudo de inspeção do local de trabalho, constantes dos Anexos n.º 7, 8, 9 e 10²⁰⁰.

Para ser atividade insalubre deve ultrapassar o limite de tolerância exposto na NR 15. Para melhor compreensão do assunto, essa norma traz em seu item 15. 1.5 o conceito de limite de tolerância, qual seja: “a concentração ou intensidade máxima ou mínima, relacionada com a natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará dano à saúde do trabalhador, durante a sua vida laboral²⁰¹”.

Na NR 15 há duas formas para caracterizar a insalubridade: qualitativa e quantitativa.

¹⁹⁷ VADE MECUM RT/[Equipe RT]. 7. Ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁹⁸ SANTOS, José Aparecido dos. **Curso de cálculos de liquidação trabalhista**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2009. P. 220.

¹⁹⁹ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 186.

²⁰⁰ **Norma regulamentadora nº15, da portaria nº 3214de 1978**. Disponível em <http://portal.mte.gov.br/legislacao/norma-regulamentadora-n-15-1.htm> Acesso em: 27 de novembro de 2012.

²⁰¹ IDEM.

Sobre o tema discorre Giovanni Moraes de Araújo:

a) Critérios quantitativos

Configura-se insalubridade quando a concentração do agente de risco encontra-se acima dos limites de tolerância estabelecidos pelos:

- Anexos 1 e 2- ruído contínuo, intermitente e impacto (grau médio);
- Anexo 3- Calor (grau médio);
- Anexo 5- Radiações ionizantes (grau máximo), com base nos limites de tolerância estabelecidos pela norma CNEN-NE-3.01;
- Anexo 8- Vibrações (localizadas ou de corpo inteiro), com base nos limites de tolerância das normas ISO 2. 631 e ISSO/DIS 5.349 (grau médio)
- Anexo 11- Agentes químicos (em número de 135), estabelecidos limites de tolerância (graus mínimo, médio e máximo, conforme o agente);
- Anexo 12- poeiras minerais: sílica livre e amianto (grau máximo).

b) Critérios Qualitativos

A insalubridade é caracterizada por avaliação pericial da exposição ao risco, pela inspeção da situação de trabalho para os agentes listados nos seguintes anexos:

- Anexo 6- Trabalho sob condições hiperbáricas, (grau máximo);
- Anexo 7- Radiações não ionizantes (grau médio);
- Anexo 9- Frio; (grau médio);
- Anexo 10- Umidade excessiva; (grau médio);
- Anexo 13- Agentes químicos para os quais foram estabelecidos limites de tolerância, entre os quais quatro substâncias cancerígenas; para cada produto são definidas atividades e operações em função do risco(grau mínimo, médio e máximo);
- Anexo 13-A, Benzeno- Não foi determinado grau de insalubridade, pois no Brasil não existe exposição segura ao benzeno. Trata-se de um produto inflamável enquadrado no critério legal da periculosidade.
- Anexo 14- Agentes biológicos de forma genérica, relacionando apenas atividades, e não, especificamente os agentes (grau médio e máximo)²⁰².

Tratando das causas que encerram o pagamento de insalubridade, a Súmula 47, do TST diz que “o trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional²⁰³”.

“A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional”, é o que preconiza a Súmula 80 do TST²⁰⁴.

Porém, a Súmula 289, do TST esclarece:

O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo

²⁰² ARAÚJO, Giovanni Moraes de. **Normas regulamentadoras comentadas**. 5. ed.v. 1 e 2. Ver. ampl. E atual. Rio de Janeiro: Verde, 2005. P. 537.

²⁰³ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Livro de Súmulas**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_pdf_atual.pdf. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

²⁰⁴ IDEM.

do equipamento pelo empregado²⁰⁵.

A maneira exata de encerrar o pagamento do adicional de insalubridade é a que está especificada no art. 194, da CLT: “o direito do empregado ao adicional de insalubridade ou de periculosidade cessará com a eliminação do risco à sua saúde ou integridade física²⁰⁶”.

O adicional de insalubridade, como já visto, possui natureza salarial, porém pode ser suprimido assim que desapareça a causa ensejadora de sua percepção.

Após todo o exposto, fica claro que o ideal seria que todos possuíssem um local de trabalho livre de insalubridade, porém, percebe-se também a presença de locais onde tem impossibilidade de eliminação ou neutralização da insalubridade, nestes casos, o trabalhador terá direito ao adicional de insalubridade conforme sua exposição aos agentes.

²⁰⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Livro de Súmulas**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_pdf_atual.pdf. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

²⁰⁶ **Vade Mecum RT**/ [Equipe RT]. – 7. Ed. Ver., ampl. e. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. RT Códigos.

CAPITULO III – BASE DE CALCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Adicional devido quando o ambiente de trabalho causa ao trabalhador uma condição que pode vir a lesionar a saúde do empregado, no caso, de longa exposição a este ambiente, regido pelo artigo 192 da Consolidação das Leis de Trabalho, onde ponderará a utilização do salário mínimo como indexador de base para o calculo do adicional de insalubridade nos graus maximo, médio e mínimo, escalas 40, 20 e 10%.

3.1 – Insalubridade – Fixação do Quantum Devido

Assim notório observar como têm sido a posição adotada na seguinte Ementa:

RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. ARTIGO 192 DA CLT. SALÁRIO MÍNIMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO STF. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM PRONÚNCIA DE NULIDADE.

Diante dos limites impostos na Súmula Vinculante nº 4 do STF, na qual, mesmo afastando-se o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, outro parâmetro não pode ser fixado mediante decisão judicial, entende-se que, na ausência de instrumento coletivo ou de lei expressamente fixando base de cálculo diversa, subsiste o salário mínimo como parâmetro de cálculo da parcela. Recurso ordinário conhecido e provido.²⁰⁷

Noutro giro, quanto aos graus estabelecidos e pela posição adotada para maiores esclarecimentos serão abordados tópico a tópico como se segue abaixo.

3.1.1 – Súmula n.228 do Tribunal Superior do Trabalho

Esta súmula também diz respeito á base de cálculo do adicional de insalubridade.

Teve sua edição em 1985, através da Resolução 14/1985 e continha o seguinte texto:

“O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário-mínimo de que cogita o art.

²⁰⁷ **Tribunal Superior do Trabalho.** Recurso de Ordinário, nº 152600-85.2009.5.03.0000, Relator: Emanoel Pereira, Julgado em 21/08/2012, Disponível em: www.tst.jus.br acesso em 15 de novembro de 2012.

76 da Consolidação das Leis do Trabalho²⁰⁸.”

Já em 2003, através da Resolução 121/2003, publicada no diário de justiça de 21.11.2003, esta súmula teve um acréscimo a sua parte final. Este acréscimo ensinava que esta súmula seria aplicada, exceto, nos casos que a Súmula nº 17 do Tribunal Superior do Trabalho não abrangesse²⁰⁹.

Até o começo do ano de 2008 esta súmula estava sendo usado de forma unificada pelos Tribunais Regionais bem como pelo Tribunal Superior do Trabalho, porém, em maio de 2008, através da resolução 148/2008, esta súmula sofreu alterações e passou a ter a seguinte redação: “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 coletivo²¹⁰.”

Na decisão da Reclamação 6266-0 MC, do Distrito Federal, foi determinada a suspensão da redação da súmula onde é autorizada a utilização do salário básico para o cálculo do adicional de insalubridade²¹¹.

No entendimento de Alice Monteiro de Barros:

A Confederação Nacional da Indústria ajuizou, em 11.7.08, reclamação perante o STF, sustentando que a nova redação da Súmula n. 228 do TST, ao fixar o salário contratual como base de cálculo do adicional de insalubridade, conflitava com a Súmula Vinculante n. 4 daquela Corte. O pedido liminar formulado foi acolhido pelo Presidente do TST, em **15.7.08**, tendo sido determinado, por despacho, a suspensão da Súmula n. 228 do TST²¹².

Desta forma, traz-se o despacho de citada Reclamação: “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 insalubridade²¹³”.

Esta súmula foi suspensa, em parte, pois contraria o disposto na Súmula Vinculante nº4 do Supremo Tribunal Federal, de hierarquia superior.

²⁰⁸TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Livro de Súmulas**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_pdf_atual.pdf. Acesso em: 31 de novembro de 2012.

²⁰⁹ IDEM.

²¹⁰TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Livro de Súmulas**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_pdf_atual.pdf. Acesso em: 31 de novembro de 2012.

²¹¹ OLIVEIRA. Francisco Antônio de. **Comentários às súmulas do TST**. 10. ed. v. 1 e 2. rev. Amp. e atual. Rio de Janeiro: Verde, 2005. P. 493.

²¹² BARROS. Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. Ed. São Paulo : LTr. 2011. P. 623.

²¹³TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Disponível em:** http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_pdf_atual.pdf. Acesso em: 31 de novembro de 2012.

3.1.2 – Súmula n.17 do Tribunal Superior do Trabalho

A súmula 17 do Tribunal Superior do Trabalho por muito tempo foi utilizada como indexador da base de cálculo do adicional de insalubridade, pois, seu conteúdo “estabelece hipótese que não tem previsão em lei, pois o artigo 192 da CLT prevê que o adicional de insalubridade é calculado sobre o salário mínimo²¹⁴”.

Ela foi instaurada pela Resolução Administrativa nº 28 de 1969, com o seguinte texto: “O adicional de insalubridade devido a empregado que, por força de lei, convenção coletiva ou sentença normativa, percebe salário profissional será sobre este calculado²¹⁵”.

Esta Súmula foi cancelada, em 1994, pela Resolução nº 29/94 do Tribunal Superior do Trabalho, contudo, em 2003 foi restaurada pela Resolução 121/ 03²¹⁶.

3.1.3 – Súmula Vinculante Número 4 do Supremo Tribunal Federal

Primeiramente, cabe diferenciar jurisprudência e súmula. A primeira seria uma repetição idêntica de uma mesma decisão, porém, quando o tribunal correspondente edita essa decisão, repetida diversas vezes, em forma de um texto objetivo e curto, tem-se a súmula²¹⁷.

Fernando Capez acrescenta:

A súmula, do mesmo modo que a jurisprudência ainda não sintetizada como tal, não possui caráter cogente, servindo apenas de orientação para as futuras decisões. Os juízes estão livres para decidir de acordo com sua convicção pessoal, mesmo que para tanto, tenha de caminhar em sentido contrário a toda a corrente dominante²¹⁸.

A Emenda Constitucional 45/2004 instituiu o efeito vinculante as Súmulas e passou a ser normatizado através do art. 103-A da Constituição Federal, bem como seus parágrafos:

²¹⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. Ed. São Paulo: Atlas. 2008. P.233.

²¹⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Livro de Súmulas**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_pdf_atual.pdf. Acesso em: 02 de novembro de 2012.

²¹⁶ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Livro de Súmulas**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_pdf_atual.pdf. Acesso em: 02 de novembro de 2012.

²¹⁷ CAPEZ, Fernando. **Súmula Vinculante**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 911, 31 de dez. 2005. Disponível em: [HTTP://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7710](http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7710) Acesso em: 31 de Novembro de 2012, as 13:54 hs.

²¹⁸ IBIDEM.

Art.103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso²¹⁹.

De forma mais sucinta, a súmula passa a ter efeito vinculante quando deixa de ter aplicação opcional e passa a ser de uso obrigatório²²⁰.

Em 2006, a Lei 11.417/2006 veio para estabelecer as regras quanto a edição, revisão e cancelamento dos textos das súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal.

Seguindo o disposto nas Leis supramencionadas, o Supremo Tribunal Federal editou em Sessão Plenária no dia 30/04/2008, a Súmula Vinculante nº4, para unificar o entendimento quanto ao indexador da base de cálculo do adicional de insalubridade. Esta foi publicada no Diário de Justiça e no Diário Oficial da União em 09 de maio de 2008. É sua redação: “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 judicial²²¹”.

Utilizou-se para a edição desta súmula o disposto nos arts. 7º, IV e XXIII, 39, §1º e 3º, 42, §1º, 142, §3º, X, todos da Constituição Federal de 1988²²².

Sendo assim, percebe-se que não há uma pacificação quanto à fixação da base de cálculo do adicional de insalubridade, pois, tem-se na Súmula Vinculante nº 4 que não pode ser usado o salário mínimo, nem que este pode ser alterado por decisão judicial. E, segundo o art. 192 da Consolidação das Leis do Trabalho, a base de cálculo para referido adicional é o

²¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 25 de maio de 2012.

²²⁰ CAPEZ, Fernando. **Súmula Vinculante**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 911, 31 de dez. 2005. Disponível em: [HTTP://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7710](http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7710) Acesso em: 31 de Novembro de 2012, as 13:56 hs.

²²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 25 de maio de 2012.

²²² IBIDEM.

salário mínimo:

Artigo 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 mínimo²²³.

Sobre o exposto, José Aparecido dos Santos, justifica:

Extrai-se do disposto na Súmula Vinculante nº 4 e Súmula 228 do col. TST que o art. 192 da CLT restou inconstitucional. Todavia releva observar que antes mesmo da edição das referidas súmulas, o aludido dispositivo, que assegurava o cálculo do percentual de adicional de insalubridade sobre o salário mínimo, feria frontalmente a Constituição Federal²²⁴.

De certa forma, “essa súmula vinculante não cumpriu sua missão de pacificar a questão. Pelo contrário, fomentou a perplexidade e a contradição entre julgamentos em todo o país, inclusive no seio do STF²²⁵”.

Alexandre Roque Pinto acrescenta: “a perplexidade maior é gerada pelo próprio STF, que vem proferindo decisões contraditórias entre si, todas invocando a mesma súmula "pacificadora". E não poderia ser diferente, pois a súmula, tal como redigida, não pacificou a matéria²²⁶”.

Comprovando o exposto acima, têm-se duas jurisprudências opostas, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. FIXAÇÃO DE NOVA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A súmula vinculante n. 4/STF determina que "[s] alvo os 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". 2. **Não é cabível o retorno dos autos à origem para fixação de nova base de cálculo,**

²²³ Vade Mecum RT/ [Equipe RT]. – 7. Ed. Ver., ampl. e. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. RT Códigos.

²²⁴ SANTOS, José Aparecido dos Santos. **Curso de Calculos de Liquidação Trabalhista**. 2.ed. Curitiba: Juria. 2008. P. 56.

²²⁵ PINTO, Alexandre Roque. **Sumula vinculante: instrumento de pacificação? Ou o curioso caso da súmula vinculante nº4. Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2065, 25 de fev. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12382>, acessado em 31 de novembro de 2012.

²²⁶ IDEM.

tendo em vista o teor da citada súmula. Acolho os presentes embargos.²²⁷

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADICIONAL DE INSALUBRIDA VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. ARTIGO 7º, IV, CB/88. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE OUTRA BASE DE CÁLCULO. OMISSÃO. 1. O entendimento deste Tribunal é no sentido de que a vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo ofende a Constituição do Brasil [CB/88, artigo 7º, IV]. Precedentes. Súmula vinculante n. 4/STF. 2. Garantida ao trabalhador a percepção do adicional, impõe-se a fixação de outra base de cálculo. **Embargos de declaração acolhidos apenas para se determinar o retorno dos autos às instâncias ordinárias, objetivando a fixação de outra base de cálculo para o adicional de insalubridade.**²²⁸

As duas jurisprudências tratam de embargos de declaração e, relacionam a base de cálculo do adicional de insalubridade ao salário mínimo. Na primeira, utilizando-se do enunciado da Súmula vinculante nº4, foi negado o uso do salário mínimo como base de cálculo bem como vedada a fixação de nova base de cálculo pelo juízo de origem. Já na segunda, foi entendido que o salário mínimo como base de cálculo fere o disposto no art. 7º, IV da Constituição Federal, mas permitiu fixação de nova base de cálculo pelo juízo de origem alegando que o adicional de insalubridade é um direito garantido do trabalhador.

Sobre essa situação, procede-se à análise das possíveis bases de cálculo, estas que são divididas em 3 correntes: salário mínimo, salário básico e salário profissional ou normativo.

Mas, antes de entrar no assunto cabe trazer o conceito do que é salário e diferenciá-lo de remuneração.

“Salário deriva do latim *salarium*. Esta palavra vem de sal, do latim salis; do grego, hals. Sal era a forma de pagamento das legiões romanas”²²⁹.

“Salário é a contraprestação percebida pelo empregado em troca do serviço prestado; remuneração é a soma de todas as parcelas recebidas pelo empregado, dentre elas o salário, a gorjeta, os adicionais etc”²³⁰.

A Consolidação das Leis do Trabalho não traz um conceito de salário, porém, faz a distinção citada acima: “Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como

²²⁷ **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Especial, nº 585483 agR- Ed-Ed, Relator: Ministro Eros Grau, Julgado em 07/10/2008, Disponível em: www.stf.gov.br acesso em 31 de novembro de 2012-B, as 19:25 hs.

²²⁸ **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Especial, nº 585483, agR- Ed Relator: Ministro Eros Grau, Julgado em 07/10/2008, Disponível em: www.stf.gov.br acesso em 31 de novembro de 2012-C, as 19:33 hs.

²²⁹ MARTINS. Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** 24. Ed. São Paulo: Atlas. 2008. P.204.

²³⁰ ALMEIDA, Amador Paes de. **CLT comentada: legislação, doutrina, jurisprudência.** 5.ed. ver., atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 65.

contraprestação do serviço, as gorjetas que receber”.²³¹

Sobre essa distinção, Sérgio Pinto Martins, assinala:

Remuneração é o conjunto de retribuições recebidas habitualmente pelo empregado em prestação dos serviços, seja em dinheiro ou em utilidades, provenientes do empregador ou de terceiros, mas decorrentes do contrato de trabalho, de modo a satisfazer às suas necessidades vitais básicas e às da sua família²³².

Enquanto o salário é:

O conjunto de prestações fornecidas diretamente ao trabalhador pelo empregador em decorrência do contrato de trabalho seja em razão da contraprestação do trabalho, da disponibilidade do trabalhador, das interrupções contratuais ou demais hipóteses revistas em lei. Não mais pode o salário ser entendido apenas como contraprestação do serviço, pois em certas situações o empregado não trabalha e recebe pagamento, como nos 15 primeiros dias de afastamento por doença, nas férias etc. É vedado o pagamento do salário por terceiros (clientes), devendo o ser diretamente pelo próprio empregador²³³.

Então, salário é pago somente pelo empregador, devido pelo contrato de trabalho, enquanto remuneração pode ser paga por terceiros, e tem caráter habitual, porém devem ser recebidas por prestações de serviços provenientes do contrato de trabalho e ainda, engloba o salário.

3.2 Possibilidade ou Não Da Utilização do Salário Mínimo como Base de Cálculo

O direito ao salário mínimo encontra sua base legal no art. 7º, IV da Constituição Federal:

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,

²³¹ **Vade Mecum RT/** [Equipe RT]. – 7. Ed. Ver., ampl. e. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. RT Códigos.

²³² MARTINS. Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. Ed. São Paulo: Atlas. 2008. P.205.

²³³ MARTINS. Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. Ed. São Paulo: Atlas. 2008. P.209.

saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; [...]²³⁴

Tratando do seu conceito legal, vem o art. 76 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer, em determinada época e região do País, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte²³⁵.

Referindo-se a esta alteração do art. 76, da Consolidação das Leis do Trabalho, Sergio Pinto Martins, diz que “houve um aumento das necessidades básicas que são atendidas por meio do salário mínimo. [...] constatava-se que as referidas necessidades eram apenas cinco [...]. Nota-se, agora, que as necessidades passam a ser nove.” E tratando do objetivo do salário mínimo diz que este deveria “[...] proporcionar a sobrevivência do trabalhador e também de sua família. na prática sabemos que o salário mínimo tem sido insuficiente para esse fim, pois está muito defasado²³⁶”.

Sobre o assunto mencionado acima, Saad (2007, p. 179) explica que o art. 76 “em sua redação primitiva, cuidava tão somente das necessidades vitais do trabalhador. Posteriormente, lei ordinária instituiu o salário família como complemento à remuneração mínima deu-lhe caráter familiar”.

Conceituando salário mínimo, Sérgio Pinto Martins instrui:

Salário mínimo é o pagamento mínimo que poder ser feito ao empregado. É uma proteção mínima, sendo impossível o empregador pagar ao empregado salário inferior ao mínimo. Os riscos do negócio são do primeiro, razão pela qual seria vedado o pagamento da totalidade do salário de forma variável, sujeito à sorte do empregado na produção, sem ser garantido pelo menos o salário mínimo. Presume-se, também, que o salário mínimo seja a importância mínima para que o trabalhador possa sobreviver²³⁷.

Conforme já falado, a parte final do disposto no art. 7º da Carta Magna proíbe o

²³⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm .Acesso em 31 de Novembro de 2012.

²³⁵ **Vade Mecum RT/ [Equipe RT]**. – 7. Ed. Ver., ampl. e. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. RT Códigos.

²³⁶ MARTINS. Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. Ed. São Paulo: Atlas. 2008. P.137.

²³⁷ IBIDEM. P.220.

salário mínimo como base para qualquer cálculo. E, neste mesmo artigo, porém, no inciso XXIII, tem-se garantido o adicional de insalubridade. Ai entra-se a questão discutida sobre a possibilidade ou não do salário mínimo como base de cálculo.

Dando força a este impasse, veio a Súmula Vinculante nº4, como já foi estudada, proibindo o uso do salário mínimo para a base de cálculo do adicional de insalubridade.

Porem, a doutrinadora Alice Monteiro de Barros e a jurisprudência, ainda assim, manifestam defendendo o uso do salário mínimo.

Alice Monteiro de Barros sustenta que “até que se edite norma legal, continuará sendo aplicado o salário mínimo para cálculo do adicional de insalubridade²³⁸”.

Ainda pactuando com esta ideia, têm-se decisões atuais do Tribunal Regional do Trabalho, da 12ª região:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. Tendo o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante nº 4, decidido 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, *ex vi* da decisão proferida na Reclamação nº 6266, fica vedada a utilização de outra base para o cálculo da referida parcela, sob pena de afronta àquele Verbete Sumular²³⁹.

Neste julgado tem-se o uso do salário mínimo como base para o cálculo do adicional de insalubridade e utilizado como embasamento para a decisão a Súmula Vinculante nº4, alegando que enquanto não for resolvida a inconstitucionalidade do uso do salário mínimo através de nova lei ou convenção coletiva, aquele seguirá sendo o indexador da base de cálculo para o adicional de insalubridade.

Com este mesmo entendimento tem-se outra jurisprudência do Tribunal da 12ª Região do Trabalho, onde, seguindo os esclarecimentos do Ministro Gilmar Mendes, deverá ser mantido o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO. Considerando os termos da Súmula Vinculante nº 4 do STF e do esclarecimento prestado pelo Presidente daquela Corte, Ministro Gilmar Mendes, no exame do pedido liminar formulado na Reclamação nº 6.266-0-DF, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI contra o TST, tem-se que o adicional de

²³⁸ BARROS. Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. Ed. São Paulo : LTr. 2011. P. 623.

²³⁹ SANTA CATARINA. **Tribunal da 12ª Região do Trabalho**. Recurso Ordinário. nº 0002176-40.2011.5.12.0055, Relator:Desembargador Gracío R. B. Petrone, Julgado em 27/04/2012, Disponível em: www.trt12.gov.br acesso em 31 de novembro de 2012.

insalubridade deve ser calculado com base no salário-mínimo.²⁴⁰

Utilizando-se desta base de cálculo, mostram-se as jurisprudências do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO-MÍNIMO. Na dicção da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, "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". Combatida a Súmula 228 desta Casa, a Corte Maior decidiu "que o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou de convenção coletiva" (Medida Cautelar em Reclamação Constitucional nº 6.266/DF, Ministro Gilmar Mendes). Não há outra senda possível ao trânsito, sendo esta a solução que o caso evoca. Recurso de revista conhecido e provido²⁴¹.

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se orientado pela decisão proferida ao julgamento do RE 565.714/SP, de repercussão geral, segundo a qual, apesar de a Suprema Corte Brasileira considerar inconstitucional o art. 192 da CLT, enquanto não editada lei ou norma coletiva estabelecendo base de cálculo diversa não há a decretação da respectiva nulidade. Perdurando o vácuo legislativo, ausente notícia da existência de norma coletiva, prevalece o salário mínimo. Revista conhecida e provida, no tema²⁴².

Estes dois julgados acima defendem o uso do salário mínimo como base para o cálculo do adicional de insalubridade e, utilizam a mesma justificativa do Tribunal da 12ª região do Trabalho, que até suprirem a inconstitucionalidade do uso do salário mínimo através de lei ou convenção coletiva, o salário mínimo prevalecerá como base.

Ainda assim, encontrou-se julgado favorável ao uso do salário mínimo no Supremo Tribunal Federal. Segundo o entendimento deste Tribunal, havendo prejuízo a parte recorrente por decisão do uso de outra base de cálculo, afasta-se o uso da Súmula Vinculante nº4 permitindo o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, conforme segue:

²⁴⁰ SANTA CATARINA. **Tribunal da 12ª Região do Trabalho**. Recurso Ordinário. nº 00109-2009-046-12-00-5, Relator: Desembargador Garibaldi T. P. Ferreira, Julgado em 03/04/2012, Disponível em: www.trt12.gov.br acesso em 31 de novembro de 2012.

²⁴¹ **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de Revista, nº 97000-52.2008.5.09.0322, Relator: Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Julgado em 16/06/2010, Disponível em: www.tst.jus.br acesso em 31 de novembro de 2012.

²⁴² **Tribunal Superior do Trabalho**. Recurso de Revista, nº 150200-68.2006.5.15.0033, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, Julgado em 16/06/2010, Disponível em: www.tst.jus.br acesso em 31 de novembro de 2012.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - BASE DE CÁLCULO - SALÁRIO MÍNIMO. Mesmo em se tratando de adicional de insalubridade, descabe considerar o salário mínimo como base de cálculo - Verbete Vinculante nº 4 da Súmula do Supremo. AGRAVO - REFORMA - ALCANCE. Afasta-se a observância do verbeo vinculante quando conclusão diversa acarreta o prejuízo do recorrente²⁴³.

Após analisar as jurisprudências do período que vai de 2008 a 2012, no Tribunal da 12ª Região do Trabalho, Tribunal Superior do Trabalho e Supremo Tribunal Federal nota-se a predominância do uso do salário mínimo como base para o cálculo do adicional de insalubridade. Dando - se ênfase às decisões deste período, pois é posterior a edição da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal que, veio vedar o uso do salário mínimo para este cálculo.

Contudo, nos julgados encontra-se entendimentos vetando citada Súmula, com a justificativa de que enquanto não houver lei ou convenção coletiva tratando de uma nova base de cálculo para o adicional de insalubridade, ou vencendo a inconstitucionalidade do salário mínimo, este continuará sendo utilizado como base de cálculo para o adicional de insalubridade. Entendimento este que também se viu na discussão acerca do salário profissional como base de cálculo do adicional e insalubridade, onde foi exposto em um julgado que o salário mínimo continuará como base de cálculo na ausência de norma específica da profissão²⁴⁴.

Ainda assim continua a discussão, pois mesmo que fique este entendimento das duas bases de cálculo em seus casos específicos, continuará a falta de garantia para o trabalhador, pois nem sempre o previsto em convenção coletiva será mais benéfico do que o uso do salário mínimo como base de cálculo e assim o trabalhador ira requerer o uso desta outra base de cálculo e voltará na discussão do que é constitucional ou não.

3.3 – Salário Profissional ou Salário Normativo como Base de Cálculo

Uma das correntes que prevalecia no Tribunal Superior do Trabalho era a de que deveria ser utilizado como base de cálculo o salário básico. Corrente protegida pelo disposto na Súmula nº 17 do Tribunal Superior do Trabalho.

²⁴³ **Supremo Tribunal Federal.** Agravo, nº 469332, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Julgado em 15/09/2009, Disponível em: www.stf.gov.br acesso em 07 de maio de 2012.

²⁴⁴ **Tribunal Superior do Trabalho.** Recurso de Revista, nº 150200-68.2006.5.15.0033, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, Julgado em 16/06/2010, Disponível em: www.tst.jus.br acesso em 31 de novembro de 2012.

Amauri Mascaro do Nascimento explica o que é salário profissional e logo o difere de salário mínimo:

Denomina-se salário profissional aquele fixado como o mínimo que pode ser pago a determinada profissão, com o que se caracteriza como uma espécie de salário mínimo, do qual, todavia, difere em alguns aspectos.

[...]

Diferença de salário mínimo. A diferença se faz, primeiro, pela amplitude, porque o salário mínimo é geral e o salário profissional não. Alcança apenas a profissão em razão da qual foi instituído. Segundo, pelos fins: no salário mínimo, a manutenção de um nível econômico abaixo do qual não podem ser satisfeitas as mais elementares necessidades de alimentação, habitação etc.; no salário profissional, o resguardo da dignidade profissional²⁴⁵.

De forma mais sucinta, salário profissional é aquele devido a uma profissão ou categoria específica e determinado por lei. Como exemplos têm-se no Brasil esse salário para:

[...] médicos (Lei n. 3.999 de 1961), engenheiros (Lei n. 4.950-A, de 1966), dentistas (Lei n. 3.999, de 1961), químicos (Lei n. 4.950-A), arquitetos (Lei n. 4.999-A, de 1966), agrônomos (Lei n. 4.950-A, de 1966), veterinários (Lei n. 4.950-A, de 1966), auxiliares laboratoriais (Lei n. 3.999, de 1961) e radiologistas (Lei n. 3.999, de 1961)²⁴⁶.

Ainda Maurício Godinho Delgado complementa que “o salário mínimo profissional, portanto, é fixado por lei, sendo deferido à profissional cujo ofício seja regulamentado também em diploma legal, enquanto, salário profissional é o mesmo que piso salarial, pois também é regulamentado por lei e cabe a determinadas profissões²⁴⁷”.

Já o salário normativo é “fixado em sentença normativa proferida em dissídio coletivo pelos Tribunais do Trabalho. Expressa-se como uma forma de garantir os efeitos dos reajustamentos salariais coletivos[...]²⁴⁸”.

Seguindo esta teoria tem-se a decisão proferida no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. TÉCNICO EM RADIOLOGIA. O artigo 16 da Lei nº 7.394/85 prevê expressamente, para os

²⁴⁵ NASCIMENTO. Amauri Mascari. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 28. Ed. São Paulo: LTr. 2002. P. 368 – 369.

²⁴⁶ NASCIMENTO. Amauri Mascari. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 28. Ed. São Paulo: LTr. 2002. P. 368.

²⁴⁷ DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. Ed. São Paulo: LTr. 2011. P. 734.

²⁴⁸ NASCIMENTO. Amauri Mascari. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 28. Ed. São Paulo: LTr. 2002. p. 368 – 369.

técnicos em radiologia, que a base de cálculo do adicional de insalubridade será de 40% sobre o salário mínimo profissional, equivalente a dois salários mínimos. Portanto, por se tratar de lei específica que regula a matéria, não se vislumbra afronta à Súmula n. 04 do STF nem ao art. 192 da CLT²⁴⁹.

Nesta decisão encontra-se o uso de lei específica de uma categoria profissional, técnico em radiologia, para determinar o cálculo do adicional de insalubridade.

Esta utiliza o salário profissional como base e, assim, defendem que não estão ferindo o disposto na Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, onde é vedado o uso do salário mínimo como base para citado cálculo.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região determinou que existindo convenção coletiva tratando da base de cálculo do adicional de insalubridade, esta será utilizada, caso contrário, até existir convenção ou nova lei sobre o assunto utilizar-se-á o salário mínimo:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO ESTABELECIDADA EM AJUSTE COLETIVO. VALIDADE. O STF, quando do julgamento que culminou na edição da Súmula Vinculante nº 4, declarou a inconstitucionalidade do art. 192 da CLT, sem, contudo, pronunciar sua nulidade, de forma que o salário mínimo continuará a funcionar como base de cálculo do adicional de insalubridade, até que o Poder Legislativo regule validamente a matéria em âmbito nacional ou que, setorialmente, empregados e empregadores ajustem, mediante instrumento coletivo, base de incidência constitucional para o adicional em referência. Existindo ajuste coletivo estabelecendo o salário profissional como base de cálculo do adicional de insalubridade, deve tal acerto ser respeitado²⁵⁰.

Desta feita, para os adeptos desta corrente, a base de cálculo para o adicional de insalubridade, será a previsão mais benéfica podendo ser: o salário profissional ou piso salarial bem como o salário normativo.

Porém, com a edição da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, a Súmula nº17 do Tribunal Superior do Trabalho foi cancelada aumentando a discussão sobre a questão que é a base de cálculo do adicional de insalubridade.

Resta deixar claro que este salário normativo ou contratual, são gêneros do salário base que passará a ser discorrido a seguir.

²⁴⁹ BAHIA. **Tribunal da 5ª Região do Trabalho**. Recurso Ordinário. nº 094246/2012, Relator: Desembargador Jeferson Muricy, Julgado em 20/04/2012, Disponível em: www.trt5.gov.br acesso em 01 de novembro de 2012, as 17:55.

²⁵⁰ MINAS GERAIS. **Tribunal da 3ª Região do Trabalho**. Recurso Ordinário. nº 00266-2011-017-03-00-9, Relatora: Maria Cristina D. Caixeta, Julgado em 03/11/2011, Disponível em: www.trt3.gov.br acesso em 01 de Novembro de 2012, as 18:38 hs.

3.3.1 – Salário Base Como Base de Cálculo

Esta corrente defende que a base de cálculo do adicional de insalubridade deve ser o salário base ou remuneração, conforme preceitua a nova redação da Súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho. Alteração esta feita em maio de 2008, através da Resolução 148 de citado ano.

O salário base é a base de cálculo do adicional de periculosidade. Por julgarem a natureza destes adicionais de maneira parecida o Tribunal Superior do Trabalho prolatou um acórdão baseando-se no exposto:

ACÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO DE LEI - INCIDÊNCIA DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE SOBRE O SALÁRIO BÁSICO DOS RECLAMANTES - APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 191 DO TST. 1. O entendimento esposado na Orientação Jurisprudencial da SBDI-1 e na Orientação Jurisprudencial 2 da SBDI-2, acompanhando a Súmula 228, todas desta Corte, estabelece que o percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo a hipótese prevista na Súmula 17 do TST, referente à existência de piso salarial profissional. 2. "In casu", em face do provimento parcial do recurso extraordinário dos Reclamantes (já que não foi acolhido o pleito alusivo à adoção da remuneração como base de cálculo do adicional de insalubridade), por decisão monocrática proferida pelo Min. Ricardo Lewandowski, em que foi determinado o retorno dos autos a esta Corte para fixação de outra base de cálculo, deve ser adotado parâmetro diverso do salário mínimo. 3. No caso dos autos, os Recorrentes são servidores públicos municipais concursados, contratados para trabalhos braçais, sem salário profissional definido, o que descarta a possibilidade de incidência da Súmula 17 desta Corte. 4. Ora, na ausência de norma específica para o adicional de insalubridade, verifica-se que a Súmula 191 desta Corte estabelece que "o adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais". 5. Assim sendo, aplicando por analogia a súmula supracitada, ante a similaridade da natureza jurídica dos adicionais de insalubridade e periculosidade, pode-se tomar como parâmetro para o cálculo do adicional de insalubridade devido aos Recorrentes o seu salário básico²⁵¹.

Portanto, tendo apenas a analogia quanto aos adicionais de insalubridade e periculosidade possuírem a mesma natureza, não é o suficiente para determinar a mesma base de cálculo.

Confirmando esta ideia, veio o veto, através da Reclamação 6.266-0, à parte final da Súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho onde dizia que “[...] o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em

²⁵¹ **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Ordinário , nº 626700-74.2003.5.09.0909 , Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho, Julgado em 10/04/2007, Disponível em: www.stf.jus.br acesso em 31 de Novembro de 2012.

instrumento coletivo²⁵²”.

Dando força a essa decisão, tem-se o julgado do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE 4. ART. 7º, IV, DA CF. 1. O Plenário deste Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 565.714/SP, na mesma oportunidade em que aprovou a Súmula Vinculante 4, decidiu pela impossibilidade de ser estabelecido, como base de cálculo para o adicional de insalubridade a remuneração ou salário base em substituição ao salário mínimo, por concluir que é inviável ao Poder Judiciário modificar tal indexador, sob o risco de atuar como legislador positivo. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido²⁵³.

Desta forma, resta claro que o salário base não pode ser utilizado como base de cálculo para o adicional de insalubridade, e como pode observar tornando cada vez maior as discussões sobre o indexador da base de cálculo.

3.3.2 – Salário Contratual Como Base de Cálculo

Corresponde à contraprestação que as próprias partes contratantes estipularam como salário – base do contrato²⁵⁴.

O salário contratual também chamado de salário básico é aquele adotado para efetuar o cálculo do adicional de periculosidade. Por julgarem a natureza destes adicionais de maneira parecida o Tribunal Superior do Trabalho prolatou um acórdão baseando-se no exposto:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO CONTRATUAL. APLICAÇÃO ANÁLOGA AO § 1º DO ART. 193 DA CLT. Como é sabido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 04, e, em razão disso, a composição plena do col. TST alterou a redação da Súmula n. 228, passando a entender que dever-se-ia a partir de então utilizar como base de cálculo o salário contratual do empregado, uma vez vedada a utilização do salário mínimo. Posteriormente, em decisão proferida na reclamação movida no STF quanto ao descumprimento da Súmula vinculante n. 04 pelo TST, foi concedida liminar pelo presidente do STF a fim de suspender a aplicação da nova redação da Súmula n. 228 até o julgamento final daquela reclamação constitucional. Não obstante a referida decisão liminar, o juiz não pode se eximir de julgar por ausência de norma (exegese do art. 126 do CPC), de modo que deve, na análise do caso concreto, se utilizar dos

²⁵² Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 228**. Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0228.htm acesso em: 31 de Novembro de 2012.

²⁵³ **Supremo Tribunal Federal**. Agravo, nº 469332, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Julgado em 15/09/2009, Disponível em: www.stf.gov.br acesso em 31 de novembro de 2012.

²⁵⁴ DELGADO. Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 5. Ed. São Paulo: Ltr. 2006. p. 732.

critérios hábeis a promover a integração da lacuna jurídica, a teor do que dispõe o art. 8º da CLT. Como a máxima Corte de interpretação da Carta Magna entendeu por não-recepcionada a redação do art. 192 da CLT no que tange à utilização do valor salário mínimo para a incidência do adicional de insalubridade, dando ensejo a um vazio normativo, conclui-se que a base de cálculo a ser aplicada na hipótese deve ser o salário contratual do empregado, aplicados os critérios de analogia ao caso concreto. Isto porque, em existindo lacuna no regramento específico deve-se buscar no ordenamento jurídico as situações fáticas que mais se assemelhem ao fato controvertido sub judice, razão pela qual é viável utilizar os mesmos critérios de cálculo do adicional de periculosidade, disciplinados no § 1º do art. 193 da CLT, que também se insere ao tema referente aos riscos à saúde e à vida do trabalhador. In casu, em razão do princípio da non reformatio in pejus, mantém-se a sentença que fixou o salário convencional como base de cálculo desse adicional²⁵⁵.

O adicional de insalubridade tendo por base o salário contratual deve ter como base para cálculo o salário do trabalhador:

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. DECISÃO REGIONAL QUE ADMITE A CONSIDERAÇÃO DO SALÁRIO-BASE CONTRATUAL PARA FINS DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se pela decisão proferida ao julgamento do RE 565.714/SP, de repercussão geral, na qual se assentou que, apesar de inconstitucional o art. 192 da CLT, onde estabelece o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, não se pronuncia a sua nulidade e se admite a prevalência do critério enquanto não editada lei ou norma coletiva que discipline a matéria de forma diversa. Assim, perdurando o vácuo legislativo, ausente notícia da existência de norma coletiva sobre o tema, prevalece a observância do salário mínimo. Recurso de revista conhecido e provido²⁵⁶.

Utilizando o contido no artigo 40 da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como o artigo 126 do Código de Processo Civil, os quais versam que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, não podendo o magistrado se eximir de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade da lei, assim por analogia à base de cálculo do adicional de periculosidade contido no parágrafo 10 do artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho, o adicional de insalubridade deve ser calculado observando a mesma base: o salário do trabalhador, e não o salário mínimo.

²⁵⁵ **Tribunal Regional do Trabalho.** RECURSO ORDINARIO: RO 878200804123000 MT 00878.2008.041.23.00-0. Relator: Desembargador Roberto Benatar, Julgado em 29/09/2009, Disponível em www.jusbrasil.com.br, acesso em 12 de novembro de 2012.

²⁵⁶ **Tribunal Superior do Trabalho.** RECURSO DE REVISTA: RR 1872006220095040661 187200-62.2009.5.04.0661. Relator: Flavio Portinho Sirangelo, Julgado em 29/02/2012, Disponível em www.jusbrasil.com.br, acesso em 12 de novembro de 2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho analisou-se a base de cálculo do adicional de insalubridade dos trabalhadores, perante a grande controvérsia gerada pelos tribunais trabalhistas e superiores.

Atividade insalubre é aquela em que o trabalhador está exposto a agentes nocivos à sua saúde. O rol dessas atividades é regido pela Norma Regulamentadora nº15 do Ministério do Trabalho e Emprego.

Uma forma de diminuir a ação dos agentes insalubres é o fornecimento de Equipamento de Proteção individual cedido pelos empregadores, não sendo estes suficientes para eliminar a insalubridade, o trabalhador fara jus a perceber um adicional de insalubridade que compreende três graus: mínimo, médio e máximo, também determinados pela Norma Regulamentadora nº15 do Ministério do Trabalho e Emprego, garantido ainda pela Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso XXIII.

Noutro giro, este mesmo artigo, no inciso IV veda a utilização do salário mínimo como indexador de vantagem para qualquer situação, o que causou a instabilidade quanto a este cálculo, pois, o artigo 192 da Consolidação das Leis do Trabalho determina o salário mínimo como base deste cálculo.

As Súmulas 17 e 228 do Tribunal Superior do Trabalho, posteriores à Consolidação das Leis do Trabalho, determinavam respectivamente que deveria ser usado o salário profissional e o base como bases para o cálculo.

Em maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal editou uma nova norma, a Súmula Vinculante nº 4, proibindo o uso do salário mínimo e sua substituição por decisão judicial como indexador de vantagem a servidor público e empregado, exceto nos casos permitidos pela Constituição Federal.

Com a entrada em vigor desta súmula vinculante, a Súmula 17 e 228 do Tribunal Superior do Trabalho foram vetadas. Contudo, ao analisar os julgados dos tribunais regionais e superiores, tem – se o uso de suas determinações como base de cálculo do adicional de insalubridade conforme foi exposto no terceiro capítulo deste trabalho.

Mesmo alguns tribunais, como o da 3ª e 12ª Região do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho, entendendo que a determinação contida no art. 192 da Consolidação das Leis do Trabalho inconstitucional, onde é determinado o uso do salário mínimo como base para o cálculo do adicional de insalubridade, a incidência de julgados utilizando-se deste dispositivo é grande e justificam que até criarem uma nova lei ou uma convenção coletiva determinando

uma base para este cálculo, continuará sendo utilizado o salário mínimo como base.

Compreende-se destas divergências quanto à base de cálculo do adicional de insalubridade, que o trabalhador detentor deste benefício está ficando prejudicado, e estão à espera de uma pacificação quanto a esta base.

Nas jurisprudências apresentadas conclui-se que há a predominância de duas bases de cálculo: o salário profissional e o salário mínimo, pois a base de cálculo, sendo o salário básico, apresentada pela Súmula 228 do Tribunal Superior do Trabalho restou vetada, porque ao estipulá-la o Poder Judiciário estaria agindo como legislador positivo,

Sendo assim, tira-se dos julgados que o salário mínimo prevalece na ausência de uma lei específica regendo a profissão do requerente. No entendimento do Supremo Tribunal Federal prevalecerá o salário mínimo quando tomada outra decisão de base de cálculo o requerente fique prejudicado.

Concluindo dessa forma a existência de muitos entendimentos sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade o que prejudica somente o trabalhador, o qual muitas vezes acaba perdendo a totalidade de seu direito. E após as análises jurisprudenciais, percebeu-se que o salário mínimo é o que mais tem sido utilizado como base para o cálculo do adicional de insalubridade.

Ressalta-se que apesar da liminar constante na Reclamação 6266/DF ter estabelecido que o adicional de insalubridade deverá continuar a ser calculado com base no salário mínimo, enquanto não superada a inconstitucionalidade por meio de lei ou convenção coletiva, observa-se que quando esta for criada, ela não poderá adotar o Salário Mínimo como Base de Cálculo, haja vista a vedação constante na Súmula Vinculante nº 4, de modo, que a lei que vier a ser editada deverá indicar o Salário Base como sendo Base de Cálculo.

Assim concluiu-se que a base de cálculo do adicional de insalubridade deve ser calculada sobre o salário mínimo ou salário normativo desde que previsto em convenção coletiva de trabalho.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **CLT comentada: legislação, doutrina, jurisprudência**. 5.ed. ver., atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAÚJO, Giovanni Moraes de. **Normas regulamentadoras comentadas**. 4. ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Gerenciamento Verde Consultoria, 2003/2004. v. 1 e 2.

ARAÚJO, Giovanni Moraes de. **Normas regulamentadoras comentadas**. 5. ed.v. 1 e 2. Ver. ampl. E atual. Rio de Janeiro: Verde, 2005.

BARROS. Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr. 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. Ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 24 de Novembro de 2012.

CAPEZ, Fernando. **Súmula Vinculante**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 911, 31 de dez. 2005. Disponível em: <HTTP://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7710> Acesso em: 31 de Novembro de 2012, as 13:54 hs.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASSAR. Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5ª. ed. Niterói: Impetus, 2011.

DECRETO LEI Nº **2.162**, de 1º de maio de 1940. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=37717> acesso em 27 de novembro de 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

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

DINIZ. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria Geral do Direito Civil. 22. Ed. São Paulo: Saraiva. 2005, v.1.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Direito Fundamental ao Ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GONÇALVES, Edwar Abreu. **Manual de Segurança e Saúde no Trabalho**. 4ª ed. ABRIL. São Paulo: LTr, 2010.

GONÇALVES. Edwar Abreu. **Manual de Segurança e Saúde no Trabalho**. 3ª. ed. São Paulo: LTr. 2006.

GOMES. Orlando; GOTTSCHALK. Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HORVATH.B. **Les sources droit positif, in Le problème des souces du droit positif, Paris 1934**.

MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS. Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. Ed. São Paulo: Atlas. 2005.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 8. Ed. Rev. Atua. Ampl. São Paulo : ltr, 2000.

MORAES FILHO. Evaristo de; MORAES. Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo : Ltr, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso De Direito Do Trabalho**. 23ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO. Amauri Mascari. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 28. Ed. São Paulo: LTr. 2002.

NUNES. Pedro. **Dicionário de Terminologia Jurídica**. 10. Ed. São Paulo: Renovar, 1979, v. 1.

NORMA REGULAMENTADORA °15, da portaria nº 3214de 1978. Disponível em <http://portal.mte.gov.br/legislacao/norma-regulamentadora-n-15-1.htm> Acesso em: 27 de novembro de 2012.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de Oliveira. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 3ªed. rev. ampla. e atual. São Paulo: LTr, 2001.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Comentários às súmulas do TST**. 10. ed. v. 1 e 2. rev. Amp. e atual. Rio de Janeiro: Verde, 2005.

PASQUIER, C. du. **Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit**, Neuchatel e Paris. 2ª.ed.1942.

PINTO, Alexandre Roque. **Sumula vinculante: instrumento de pacificação? Ou o curioso caso da súmula vinculante nº4**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2065, 25 de fev. 2009. Disponível em: [http:// jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12382](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12382), acessado em 31 de novembro de 2012.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **Direito do trabalho e meio ambiente**. In:

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho: comentada. 40. ed. Atual., ver. e ampl. São Paulo:LTr, 2007.**

SALIBA, Tuffi Messias; ANGELI, Márcia Correa Chaves. **Insalubridade e Periculosidade Aspectos Técnicos e Práticos**. 4. Ed. São Paulo: LTr. 1998.

SANTOS, José Aparecido dos. **Curso de cálculos de liquidação trabalhista**. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, José Aparecido dos Santos. **Curso de Calculos de Liquidação Trabalhista**. 2.ed. Curitiba: Juria. 2008.

SILVESTRE, Rita Maria; et al. São Paulo: LTr, 1997.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo, nº 469332**, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Julgado em 15/09/2009, Disponível em: www.stf.gov.br acesso em 07 de maio de 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Ordinário , nº 626700-74.2003.5.09.0909**, Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho, Julgado em 10/04/2007, Disponível em: www.stf.jus.br acesso em 31 de Novembro de 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo, nº 469332**, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Julgado em 15/09/2009, Disponível em: www.stf.gov.br acesso em 31 de novembro de 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Especial**, nº **585483** agR- Ed-Ed, Relator: Ministro Eros Grau, Julgado em 07/10/2008, Disponível em: www.stf.gov.br acesso em 31 de novembro de 2012-B, as 19:25 hs.

SUSSEKIND. Arnaldo; MARANHÃO. Délio; VIANNA. Segadas; TEIXEIRA. Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19. Ed. São Paulo: Ltr, 2000, v.2.

SUSSEKIND. Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA. Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21. Ed. São Paulo: LTr, 2003, v. 1.

STRECK. Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio Grande do Sul: Livraria do advogado, 2000.

Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Ordinário**, nº **152600-85.2009.5.03.0000**, Relator: Emanuel Pereira, Julgado em 21/08/2012, Disponível em: www.tst.jus.br acesso em 15 de novembro de 2012.

TRIBUNAL DA 3ª REGIÃO DO TRABALHO. **Recurso Ordinário**. nº **00266-2011-017-03-00-9**, Relatora: Maria Cristina D. Caixeta, Julgado em 03/11/2011, Disponível em: www.trt3.gov.br acesso em 01 de Novembro de 2012, as 18:38 hs.

TRIBUNAL DA 5ª REGIÃO DO TRABALHO. **Recurso Ordinário**. nº **094246/2012**, Relator: Desembargador Jeferson Muricy, Julgado em 20/04/2012, Disponível em: www.trt5.gov.br acesso em 01 de novembro de 2012, as 17:55.

TRIBUNAL DA 12ª REGIÃO DO TRABALHO. **Recurso Ordinário**. nº **0002176-40.2011.5.12.0055**, Relator: Desembargador Gracio R. B. Petrone, Julgado em 27/04/2012, Disponível em: www.trt12.gov.br acesso em 31 de novembro de 2012.

TRIBUNAL DA 12ª REGIÃO DO TRABALHO. **Recurso Ordinário**. nº **00109-2009-046-12-00-5**, Relator: Desembargador Garibaldi T. P. Ferreira, Julgado em 03/04/2012, Disponível em: www.trt12.gov.br acesso em 31 de novembro de 2012.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recurso de Revista**, nº **97000-52.2008.5.09.0322**, Relator: Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Julgado em 16/06/2010, Disponível em: www.tst.jus.br acesso em 31 de novembro de 2012.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recurso de Revista**, nº **150200-68.2006.5.15.0033**, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, Julgado em 16/06/2010, Disponível em: www.tst.jus.br acesso em 31 de novembro de 2012.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Súmula 228**. Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0228.htm acesso em: 31 de Novembro de 2012.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recurso de Revista, nº 124400-56.2005.5.04.0008**, Relator: Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, Julgado em 06/08/2008, Disponível em: www.tst.jus.br acesso em 01 de novembro de 2012- as 13:14 hs.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Livro de Súmulas**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_pdf_atual.pdf. Acesso em: 28 de novembro de 2012.

VADE MECUM RT[Equipe RT]. 7. Ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

VIANNA. Cláudia Salles Vilela. **Manual Prático das Relações Trabalhistas**. 8. Ed. São Paulo: LTr. 2007.

ANEXO I – RECLAMAÇÃO Nº 6.266-0-DF

RECLAMAÇÃO. SÚMULA N. 228 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. ALEGADA AFRONTA À SÚMULA VINCULANTE N. 4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LIMINAR DEFERIDA. PROVIDÊNCIAS PROCESSUAIS. 1. Reclamação, com pedido de liminar, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria -CNI contra ato do Tribunal Superior do Trabalho que, ao aprovar a Súmula 228, teria descumprido a Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal. 2. Em 15.7.2008, nos termos do art. 13. inc. VIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes deferiu a liminar pleiteada para "suspender a aplicação da Súmula 228/TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade" (fl. 37). 3. Em 21.7.2008, identificando-se como advogado militante perante a Justiça do Trabalho, Antonio Augusto Dallapiccola Sampaio apresentou "um pequeno desabafo" (fl. 76), por meio do qual externou seu apreço pela decisão do Supremo Tribunal Federal que teria afastado a utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade. 4. Em suas informações, prestadas em 22.7.2008, a autoridade judiciária reclamada ponderou que a nova redação da Súmula 228, alterada pela Resolução n. 148 do Tribunal Superior do Trabalho em 26.6.2008, teria "busca[do] uniformizar a controvertida jurisprudência dos Tribunais do Trabalho em torno da presente matéria, adequando-a à nova orientação da Súmula Vinculante n. 4 do Supremo Tribunal Federal, nos exatos termos em que foi assegurado pela ratio decidendi da decisão proferida nos autos do[Recurso Extraordinário n. 565.714/SP]" (fl. 122). 5. A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria Química -CNTQ (fls. 139-142); a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos -CNTN (fls. 166-168); a Central dos Trabalhadores e das Trabalhadoras do Brasil -[CTB](#); e o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de Caxias do Sul (fls. 212-214) requereram seus ingressos na lide, na qualidade de Interessados, oportunidade em que apresentaram impugnação à presente Reclamação. Em 12.8.2008, a Central dos Trabalhadores e das Trabalhadoras do Brasil -[CTB](#) e o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de Caxias do Sul requereram a reconsideração da decisão liminar deferida nesta Reclamação ou o acolhimento de sua petição como agravo regimental (fls. 233-267). 6. Em 25.8.2008, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela improcedência da presente Reclamação (fls. 128-134). 7. Em 18.9.2008, o Ministro Gilmar Mendes determinou o cumprimento da parte final das decisões proferidas nas Reclamações ns. 6.275/SP e 6.277/DF e o apensamento dos autos daquelas ações aos desta Reclamação. Examinados os elementos havidos nos autos, DECIDO. 8. Inicialmente, deve-se aferir se as entidades representativas de trabalhadores que apresentaram impugnações à presente Reclamação detêm a qualidade de partes juridicamente interessadas, condição imprescindível para sejam admitidas suas manifestações na presente ação. Em seu art. 13, a Lei n. [8.038/90](#), que instituiu normas procedimentais para os processos perante o Supremo Tribunal, repetiu o que disposto no art. 156 do Regimento Interno do Supremo Tribunal e previu que a Reclamação poderia ser ajuizada pelo Ministério Público ou pela parte interessada. Na assentada de 7.11.2002, no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação n. 1.880/SP, Relator o Ministro Maurício Corrêa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu: " QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO [28](#) DA LEI [9868/99](#): CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. (...) 3. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo [§ 2º](#) do artigo [102](#) da [Carta da Republica](#), não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. 4. Reclamação.Reconhecimento de legitimidade

ativa ad causam de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado. 5. Apreciado o mérito da [ADI 1662-SP, está o Município legitimado para propor reclamação.](#)(DJ de 30.08.01) Agravo regimental provido" (DJ 19.3.2004, grifos nossos). 9. Embora o precedente acima transcrito refira-se à legitimidade ativa do interessado para o ajuizamento da Reclamação, é forçoso concluir que esse entendimento estende-se às partes alcançadas pela decisão que, reconhecendo liminarmente o descumprimento de decisão de eficácia vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal, determina a suspensão da decisão reclamada. Dessa forma, não há como afastar, ao menos por ora, a qualidade de Interessadas das entidades representativas de trabalhadores que se manifestaram pela improcedência desta Reclamação, uma vez que, de acordo com o art. 159 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e com o art. 15 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, "qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante". Ressalto, entretanto, que, ao ingressarem na lide, os ora Interessados recebem a causa no estado em que estiver. Nesse sentido: "EMENTAS: 1. INTERVENÇÃO DE TERCEIRO. Terceiro prejudicado ou interessado. Reclamação. Admissibilidade. Magistrado incluído em lista tríplice impugnada. Destinatário da eficácia gravosa de eventual decisão favorável à reclamante. Recepção da causa no estado em que a encontre. Poder de sustentação oral deferida. Aplicação do art. 15 da Lei nº 8.038/1990. Precedente. Admite-se, em reclamação, que intervenha terceiro juridicamente interessado ou prejudicado, com direito de exercer poderes processuais a partir do momento da intervenção, entre os quais o de fazer sustentação oral. (...)" (Rcl 2.772/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 5.5.2006). "EMENTA: RECLAMAÇÃO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO ESPONTÂNEA DO INTERESSADO - DESNECESSIDADE DO CHAMAMENTO JUDICIAL - AUSÊNCIA DE OFENSA À GARANTIA DO CONTRADITÓRIO - INTERVENÇÃO QUE SE DÁ NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA O PROCESSO - AGRAVO IMPROVIDO. -A Lei nº 8.038/90 estabelece que qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante (art. 15). O interessado - vale dizer, aquela pessoa que dispõe de interesse jurídico na causa - qualifica-se como sujeito meramente eventual da relação processual formada com o ajuizamento da reclamação. A intervenção do interessado no processo de reclamação é caracterizada pela nota da simples facultatividade. Isso significa que não se impõe, para efeito de integração necessária e de válida composição da relação processual, o chamamento formal do interessado, pois este, para ingressar no processo de reclamação, deverá fazê-lo espontaneamente, recebendo a causa no estado em que se encontra. O interessado, uma vez admitido ao processo de reclamação -e observada a fase procedimental em que este se acha -, tem o direito de ser intimado dos atos e termos processuais, assistindo-lhes, ainda, a prerrogativa de fazer sustentação oral, quando do julgamento final da causa. Precedente" (Rcl 449-AgR/SP, Rel.Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 21.2.1997). 10. Pelo exposto, defiro os pedidos de ingresso no feito da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria Química -CNTQ; da Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos -CNTN; da Central dos Trabalhadores e das Trabalhadoras do Brasil-CTB; e do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de Caxias do Sul, na qualidade de Interessados, os quais terão suas impugnações apreciadas em momento oportuno. À Secretaria do Supremo Tribunal Federal, para as providências necessárias. Publique-se. Brasília, 14 de outubro de 2008. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora RelatoraCTBCTB138.038289868§ 2º102Carta da Republica803813 ADI 1662-SP, está o Município legitimado para propor reclamação.(6266 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 14/10/2008, Data de Publicação: DJe-208 DIVULG 03/11/2008 PUBLIC 04/11/2008).²⁵⁷

²⁵⁷ **Supremo Tribunal Federal.** Reclamação: 6.266 DF. Relatora Ministra Carmen Lucia, Julgado em 14/10/2008. Disponível em www.jusbrasil.com.br. Acesso em 15 de Novembro de 2012.

