

OS LIMITES INSTITUCIONAIS DO DIREITO FUNDAMENTAL À NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO QUE SE REFERE À INSALUBRIDADE

Danielle de Pinho Rego Vieira*

INTRODUÇÃO

A possibilidade de negociação coletiva das condições de trabalho está inserida no rol de direitos fundamentais sociais trabalhistas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, razão pela qual goza de especial proteção na estrutura constitucional brasileira.

Por outro lado, tendo em vista a impossibilidade de concepção de um determinado direito em termos absolutos, a real extensão da proteção e, ao mesmo tempo, sob o enfoque da objetivação dos direitos, do limite a este direito fundamental é tomada a partir da abordagem conjunta de sua previsão constitucional, de sua posição no sistema normativo em que encontra inserido e de sua relação com outros direitos fundamentais. Neste último aspecto, ganha destaque a sua análise concreta dentro do ambiente institucional.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo, utilizando-se do método de interpretação constitucional das garantias institucionais, identificar, a partir de decisões do Tribunal Superior do Trabalho, quais seriam os limites institucionais conferidos à possibilidade de negociação coletiva no que se refere à regulamentação da insalubridade.

Uma vez identificados os contornos institucionais do âmbito de incidência desta autonomia negocial, pretende-se ainda verificar a possibilidade de uma proposta que vise estabelecer a total prevalência do negociado sobre o legislado no que se refere à insalubridade.

Com o intuito de alcançar tais objetivos, o presente estudo será dividido em quatro partes. Em um primeiro momento, busca-se destacar o método de interpretação a ser utilizado, qual seja, a teoria das garantias institucionais.

* *Assistente de Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; especialista em Direito e Gestão Tributária pela Faculdade Farias Brito; especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela Universidade de Brasília – UnB.*

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Em seguida, são apresentadas considerações gerais sobre o direito fundamental à negociação coletiva, com destaque para sua previsão constitucional.

Posteriormente, as atenções serão direcionadas à identificação dos limites institucionais desta negociação via acordo coletivo de trabalho e convenção coletiva de trabalho no que diz respeito aos aspectos relacionados à insalubridade, a partir da abordagem de decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Por fim, a partir da compilação dos limites à negociação coletiva sobre insalubridade identificados dentro do contexto institucional do TST, verifica-se a possibilidade de uma total prevalência da negociação coletiva no tema sobre a legislação heterônoma estatal.

1 – A DELIMITAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DE PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A PARTIR DO RESGATE DA TEORIA DAS GARANTIAS INSTITUCIONAIS

Inicialmente, registra-se que os direitos fundamentais, na concepção de Arion Sayão Romita, podem ser compreendidos como “os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça” (2009, p. 51).

Por outro lado, cumpre ressaltar, na linha de entendimento de Canotilho (2000), que a identificação destes direitos não prescinde de sua positivação na ordem jurídica constitucional de determinado Estado, ao passo que o caráter de fundamentabilidade, neste contexto, decorre da especial proteção conferida a tais direitos nos sentidos formal e material.

Sarlet (2017), desenvolvendo as ideias apresentadas por Canotilho, ressalta que a fundamentabilidade no seu aspecto formal diz respeito à introdução de regime jurídico diferenciado das demais normas constitucionais, enquanto que, no seu aspecto material, refere-se ao próprio conteúdo dos direitos fundamentais, o qual tem como base as opções fundantes do Estado.

Contudo, não obstante o respaldo acima constatado, esclarece ainda Sarlet (2017, p. 382) que “(...) as normas de direitos fundamentais estão sujeitas a regulamentação, assim como estão dispostas a eventuais restrições e limitações”.

Dentro deste contexto, ressalta-se que o estudo sobre a possibilidade ou não de restrição de determinado direito fundamental parte, preliminarmente,

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

da verificação de sua própria previsão textual (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

Canotilho (2000), partindo de considerações sobre a Constituição Portuguesa, esclarece que o texto constitucional pode estabelecer os contornos iniciais de determinado direito fundamental, assim como pode autorizar expressamente sua delimitação por legislação ordinária.

Acrescenta ainda Sarlet, apoiado nas lições de Stern, a “(...) possibilidade de se estabelecerem restrições a direitos por força de colisões entre direitos fundamentais (...)” (2017, p. 386).

Diante das possibilidades acima mencionadas, é relevante esclarecer que a análise desta restringibilidade dos direitos fundamentais é usualmente realizada levando-se em consideração aspectos relacionados à defesa de seu núcleo protetivo, aos limites impostos pelos poderes públicos na consagração dos direitos fundamentais e à adequação destes limites aos limites próprios da moldura constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

Dentre os aspectos acima apresentados, ganha especial relevo a observância da garantia de proteção do núcleo essencial do direito fundamental, que “aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem o qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como direito fundamental” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 398).

Relevante ponderar que a delimitação do núcleo de proteção não pode ser extraída unicamente da sua previsão em abstrato (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017), sendo necessária também a análise de sua aplicação em concreto.

Nessa linha, tendo em vista os objetivos do presente trabalho e as singularidades do direito fundamental a ser apreciado, qual seja a possibilidade de negociação coletiva, optou-se pela adoção de método próprio de interpretação constitucional de direitos fundamentais, qual seja a teoria das garantias institucionais, que permitirá uma identificação objetiva do núcleo essencial de proteção do direito a partir da sua concreta visualização dentro do ambiente institucional.

Tal método revela-se especialmente compatível com o estudo do direito à negociação coletiva no que se refere à insalubridade, porque permite delimitar os parâmetros máximos para sua exteriorização no contexto trabalhista, esta última realizada a partir da verificação da validade de convenções e acordos coletivos de trabalho já produzidos, impedindo que os atores sociais realizem

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

negociações futuras tendentes a atingir o núcleo de proteção de outros direitos trabalhistas, igualmente fundamentais.

Vale acrescentar os esclarecimentos de Marcio Iorio Aranha (2014, p. 240) quando destaca que

“o papel do institucional é mais do que simplesmente a construção de couraças protetoras dos direitos; ele se insere em um mundo contemporâneo de uma nova positividade, cujos primeiros passos foram dados com as contribuições oriundas do Estado Social.”

Tal teoria carrega em si o benefício de acompanhar o movimento histórico de construção do núcleo essencial protetivo do direito fundamental a ser analisado (ARANHA, 2014), contextualizando-o e evitando, assim, que ingerências circunstanciais comprometam seu conteúdo.

De fato, tendo a negociação coletiva, enquanto direito fundamental do trabalhador, sua expressão maior através da produção de convenções e acordos coletivos de trabalho, verdadeiras “normas jurídicas e não simples cláusulas contratuais” (DELGADO, 2016, p. 226), faz-se necessária a apresentação de limites ao seu conteúdo, uma vez que, ao mesmo tempo em que se apresenta como direito fundamental do trabalhador, pode também se exteriorizar como norma restritiva de direitos laborais.

Daí a peculiaridade do direito à autonomia negocial conferido constitucionalmente, que exige uma proteção e, ao mesmo tempo, um limite que lhe sejam adequados, os quais podem ser mais bem abstraídos a partir da verificação dos contornos que podem ser a ele conferidos, em concreto, dentro do ambiente institucional do Tribunal Superior do Trabalho, instância última em matéria trabalhista.

Assim, uma vez definido o método de interpretação a ser utilizado, reputa-se imprescindível uma identificação genérica do direito objeto de análise no presente artigo a partir de sua previsão constitucional, tarefa que será realizada no próximo capítulo.

2 – NEGOCIAÇÃO COLETIVA REALIZADA ATRAVÉS DAS CONVENÇÕES E DOS ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO

Esclarece Arion Sayão Romita que o atual texto constitucional atribuiu à negociação coletiva a condição de direito fundamental dos trabalhadores urbanos e rurais, o que “reflete um aspecto da liberdade nas relações entre o

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

sindicato de trabalhadores e o empregador, ou sindicato de empregadores” (2009, p. 359).

Registra-se que, ainda que não se confunda com os resultados por ela obtidos (ROMITA, 2009), a autonomia negocial coletiva tem na produção de convenções e acordos coletivos de trabalho a sua mais ampla e relevante forma de manifestação, representando tais instrumentos a “expressão maior da atuação sindical” (GOMES, 2012, p. 53).

Nesta linha, é conferida às convenções e aos acordos coletivos de trabalho a condição de autênticas fontes formais autônomas do direito do trabalho, com o benefício adicional de “(...) assegurar maior democratização às relações de poder em sociedade” (DELGADO; PEREIRA, 2014, p. 369).

Não obstante a relevância acima observada, é importante ponderar que a prerrogativa conferida aos atores sociais para produção destas normas coletivas laborais não se apresenta de forma ilimitada, uma vez que, como bem ressalta Arion Sayão Romita, “a própria Constituição traça limites à autonomia negocial coletiva” (2016, p. 72).

Assim, o marco preliminar de delimitação a ser observado quando da fixação dos limites para a exteriorização do direito fundamental à negociação coletiva parte, inicialmente, da observância de sua previsão constitucional, a qual pode ser extraída da análise conjunta do *caput* do art. 7º e dos incisos VI, XIII, XIV e XXVI da Constituição da República de 1988.

Nessa linha, observa-se que é direito dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, o reconhecimento da validade das convenções e dos acordos coletivos de trabalho (XXVI), admitindo-se expressamente a restrição de direitos relacionados à jornada de trabalho (XII e XIV) e à remuneração (VI).

Diante dos preceitos constitucionais acima apresentados, a tarefa que se impõe é destacar, ainda que em caráter inicial e genérico, quais seriam as possibilidades conferidas aos atores sociais para a produção de convenções e de acordos coletivos de trabalho.

Nesta tarefa, Mauricio Godinho Delgado (2016), utilizando-se de princípio próprio decorrente da praxis trabalhista e por ele compreendido como adequação setorial negociada, destaca os principais parâmetros jurídicos a serem observados para a produção de normas juscoletivas autônomas.

Neste contexto, é reconhecida a plena validade dos acordos coletivos e das convenções coletivas de trabalho que visam à criação de novos direitos

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

trabalhistas ou que objetivam a ampliação da incidência de direitos já existentes, uma vez que corresponderia a “um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável” (DELGADO, 2016, p. 229).

Concentra-se o impasse, contudo, na análise de convenções coletivas ou de acordos coletivos de trabalho que estabeleçam renúncia ou restrição de direitos trabalhistas.

Especificamente no que se refere à renúncia, tendo em vista “o mandamento constitucional de elevação progressiva das condições de trabalho de todos os trabalhadores” (DELGADO; PEREIRA, 2014, p. 371), visualizado no *caput* do art. 7º da Constituição da República, resultaria inviável a admissão de mera supressão de direitos trabalhistas através de produção normativa autônoma.

Noutro giro, no que toca à restrição de direitos trabalhistas, tal hipótese é expressamente autorizada pela Constituição da República, no que se refere aos direitos fundamentais relativos à remuneração e à jornada de trabalho, nos já mencionados incisos VI, XIII, XIV do art. 7º.

Defende-se o caráter taxativo e excepcional das hipóteses de flexibilização de direitos fundamentais trabalhistas previstos no texto constitucional, uma vez que a produção de normas autônomas juscoletivas deve se orientar para o “aperfeiçoamento da legislação em favor da progressão social do trabalhador e não para diminuir o padrão de proteção já firmado” (DELGADO; PEREIRA, 2014, p. 368).

Maurício Godinho Delgado aponta ainda para a existência de um patamar civilizatório mínimo protegido pelo sistema jurídico brasileiro, inenunciável à negociação coletiva restritiva, o qual englobaria as normas constitucionais (já ressalvadas as hipóteses expressamente previstas de flexibilização), as normas decorrentes de tratados internacionais e de convenções internacionais firmados pelo Brasil e, por fim, as normas infraconstitucionais que “assegurassem patamares de cidadania ao indivíduo que labora” (DELGADO, 2016, p. 230).

Por outro lado, ressalta-se que as limitações impostas constitucionalmente à negociação coletiva laboral objetivam proibir a mera disposição de determinado direito fundamental, o que não inviabiliza a possibilidade de regulamentação de seu exercício (ROMITA, 2009).

Diante das considerações acima apresentadas, destaca-se que os óbices firmados à negociação coletiva a partir da análise do texto constitucional brasileiro dizem respeito, tão somente, à produção de convenções e de acordos coletivos que impliquem renúncia ou restrição de direitos trabalhistas, sendo certo afirmar que é ampla a possibilidade de exercício da autonomia negocial

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

visando melhorias das condições de trabalho dos trabalhadores urbanos e rurais ou ainda para a regulamentação de direitos constitucionalmente assegurados.

Entretanto, como já afirmado anteriormente, uma apresentação dos contornos a serem estabelecidos para esta autonomia negocial não pode ser verificada somente de sua previsão em abstrato.

Por tal motivo, passa-se, no capítulo que segue, ao desafio principal a ser enfrentado no presente estudo, qual seja a identificação dos limites institucionais conferidos à negociação coletiva relacionada à insalubridade, a partir de sua inserção dentro do contexto institucional do Tribunal Superior do Trabalho.

3 – OS LIMITES INSTITUCIONAIS PARA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO QUE SE REFERE À INSALUBRIDADE

Uma vez apresentadas as considerações sobre o método de interpretação utilizado e sobre a previsão constitucional do direito fundamental, passa-se ao exame de como a negociação coletiva sobre a insalubridade, realizada através dos acordos coletivos de trabalho e de convenções coletivas de trabalho, é apreciada dentro do ambiente institucional do Tribunal Superior do Trabalho.

Nesta tarefa, foram identificados, a partir da pesquisa jurisprudencial de decisões proferidas pela Corte Superior Trabalhista nos anos de 2015, 2016 e no primeiro semestre de 2017, quatro parâmetros principais na análise das normas coletivas relacionadas à insalubridade, quais sejam: determinação do grau de insalubridade da atividade exercida, fixação de jornada extraordinária em ambientes insalubres sem a licença prévia de autoridade competente exigida nos arts. 60 e 195 da CLT, base de cálculo do adicional de insalubridade e, por fim, possibilidade de incorporação do referido adicional na remuneração.

Assim, para melhor compreensão, discorre-se, separadamente, sobre tais questões:

3.1 – Determinação do grau de insalubridade da atividade exercida

O Tribunal Superior do Trabalho, com relação à fixação do grau de insalubridade, vêm reiteradamente se posicionando no sentido de considerar inválidas convenções ou acordos coletivos de trabalho que estabeleçam percentual inferior àquele determinado previamente por norma estatal.

Neste sentido, destaca-se a decisão proferida pela 5ª Turma da Corte Superior Trabalhista no julgamento do AIRR-10222-54.2014.5.18.0052, publicado em 3 de maio de 2017, no qual se manteve o deferimento de diferenças

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

de adicional de insalubridade em razão da invalidação de norma coletiva que estabeleceu a redução de percentual de 40% para 20% no que se refere à atividade de varrição de ruas.

Registrou-se, naquela ocasião, que a definição do grau de insalubridade representaria direito relacionado à higiene e segurança do trabalho, o qual se encontra assegurado por normas de ordem pública, inseridas no contexto maior de proteção ao meio ambiente do trabalho previsto no inciso XXII do art. 7º da Constituição da República de 1988.

Assim, diante da proteção reconhecida acima, assentou-se a conclusão pela impossibilidade de restrição de tal direito através de acordos coletivos ou de convenções coletivas de trabalho.

Relevante salientar a rejeição firmada na decisão quanto à possibilidade de aplicação do entendimento proferido pelo STF, o qual tinha reconhecido a validade de supressão por norma coletiva no que se refere às horas *in itinere*, uma vez que tal entendimento exigiria a comprovação de concessões de outras vantagens equivalentes, o que não se constatava do registro fático apresentado nos autos.

Por fim, a decisão proferida pela 5ª Turma ressaltou a existência de jurisprudência consolidada no Tribunal Superior do Trabalho no sentido de não conferir validade à norma coletiva que estipule grau de insalubridade inferior à atividade de varrição de ruas em detrimento de grau superior reconhecido por normas imperativas estatais.

Noutro giro, ainda no que se refere ao grau de insalubridade, a 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do ARR-301-59.2011.5.04.0022, publicado em 5 de junho de 2015, manteve o reconhecimento da invalidade de norma coletiva que reduziu o percentual de insalubridade, de máximo para médio, para a atividade de limpeza e higienização de sanitários de órgãos públicos, destacando ainda o caráter lesivo da negociação coletiva firmada no caso concreto.

Pontuou-se que a atividade exercida pelo reclamante encontrava-se acobertada pelo entendimento firmado no item II da Súmula nº 448 do TST, que assegura o seu enquadramento nas disposições constantes na norma regulamentar do Ministério do Trabalho e Emprego, a qual prevê o grau máximo de insalubridade para a coleta e industrialização de lixo urbano.

Destacou-se, na linha do julgado anterior, o entendimento do caráter cogente das disposições que preveem o grau de insalubridade das atividades

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

exercidas, desta vez com apoio na previsão constitucional do art. 7º, inciso XXIII, da Constituição da República de 1988.

Vale ressaltar, neste momento, a particularidade do julgado acima referido, uma vez que a 2ª Turma deixa assentada a possibilidade de negociação coletiva no que se refere ao grau de insalubridade, desde que se constate o efetivo benefício ao trabalhador.

Nessa linha, foram afastados os argumentos apresentados pela parte, que pugnava pelo reconhecimento do caráter mais vantajoso da norma coletiva que, não obstante fixasse grau médio em detrimento do grau máximo, estabelecia como base de cálculo o salário base da categoria.

A partir de efetiva apreciação da norma coletiva, concluiu o órgão trabalhista pela inexistência do alegado benefício ao trabalhador, já que ainda que se considerasse base de cálculo diversa, o valor a ser recebido seria inferior àquele obtido a partir do percentual máximo de 40%.

Em face das decisões acima comentadas, constata-se a primeira limitação à autonomia negocial sobre insalubridade dentro do contexto institucional do Tribunal Superior do Trabalho.

Na linha do entendimento firmado pelo TST, a norma definidora do grau de insalubridade detém caráter cogente, encontrando-se inserida naquele complexo de normas heterônomas que compõem o patamar civilizatório mínimo comentado no capítulo anterior, infenso à produção normativa coletiva restritiva.

Por outro lado, ainda com base nas conclusões extraídas das decisões analisadas, ressalta-se a possibilidade de produção normativa autônoma com relação à matéria, desde que se apresente como mais vantajosa ao trabalhador.

3.2 – Fixação de jornada extraordinária em ambientes insalubres sem a licença prévia de autoridade competente exigida pelos arts. 60 e 295 da CLT

A Corte Superior Trabalhista tem considerado inválidos os acordos coletivos de compensação ou de prorrogação de jornada quando se verifica o labor em ambiente insalubre sem a autorização expressa da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho, em descumprimento da exigência prevista nos arts. 60 e 295 da CLT.

Nesta linha, destaca-se a decisão firmada pela 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do AIRR 10793-38.2015.5.18.0101, publicado em 30 de setembro de 2016, ao manter a invalidade do acordo coletivo

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

de compensação de jornada firmado em ambiente insalubre com a ausência da autorização prévia da autoridade competente exigida pelo art. 60 da CLT.

Salientou-se que a redução dos riscos inerentes ao trabalho através de normas de saúde, higiene e segurança representa direito dos trabalhadores assegurado no texto constitucional, o qual segue ainda a diretriz firmada na Convenção nº 155 da OIT, devidamente ratificada pelo Brasil.

Assim, ressaltou-se que a exigência do art. 60 da CLT, porque inserida neste conjunto de normas protetivas, não poderia ser desconsiderada, ainda que por negociação coletiva.

Registrou-se, neste contexto, a superação de entendimento em sentido diverso, através do cancelamento, em 2011, da Súmula nº 349 do TST, o que representou uma mudança de paradigma na jurisprudência do Tribunal Superior Trabalhista, que atualmente se inclina no sentido de não admitir, sob qualquer aspecto, normas coletivas que visem restringir direitos relacionados à saúde do trabalhador.

Seguindo a linha acima apresentada, acrescenta-se o entendimento firmado pela 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do RR-2086-04.2012.5.12.0053, publicado em 20 de novembro de 2015, no sentido de confirmar a invalidade do regime de prorrogação da jornada de trabalho em minas e subsolo firmado pelas partes sem a autorização prévia de autoridade competente exigida pelo art. 295 da CLT.

Tal como no julgado anterior, destacou-se a superação do entendimento da Súmula nº 349 do TST, registrando, de igual sorte, a inviabilidade de produção normativa autônoma quando contrária a norma imperativa estatal, especialmente a relacionada à saúde, higiene e segurança do trabalho.

Convém destacar, por outro lado, uma particularidade desta decisão em comparação à anterior.

De fato, o entendimento do relator, o qual foi ressalvado no julgado, é no sentido da total inviabilidade da prorrogação de jornada em ambiente insalubre, ao argumento de que tal hipótese não se releva compatível com o sistema jurídico firmado após a Constituição da República de 1988.

Tal entendimento, ainda que não acolhido na Turma, por certo reforça o argumento pela impossibilidade de restrição, via negociação coletiva, das exigências dos arts. 60 e 295 da CLT.

Isso porque, mantida a possibilidade de prorrogação de jornada por acordo coletivo ou convenção coletiva, a exigência de licença anterior se revela como

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

o mínimo de proteção assegurado ao trabalhador mediante norma de ordem pública, a qual não poderia ser restringida através de negociação coletiva.

Constata-se, assim, a partir das decisões acima apresentadas, o segundo limite institucional à possibilidade de negociação coletiva sobre insalubridade.

Neste contexto, na linha de entendimento do TST, ainda que expressamente autorizada a possibilidade de flexibilização da jornada de trabalho por negociação coletiva, esta não prevalece se implicar ofensa às normas imperativas inseridas no contexto constitucional de proteção ao meio ambiente do trabalho. Assim, inválidos os acordos de prorrogação de jornada em ambiente insalubre que não observem a exigência mínima de proteção estabelecida nos arts. 60 e 295 da CLT.

3.3 – Base de cálculo do adicional de insalubridade

O TST tem reconhecido validade às convenções coletivas e aos acordos coletivos de trabalho que estabeleçam expressamente como base de cálculo do adicional de insalubridade parâmetro diverso e superior ao salário mínimo previsto no art. 192 da CLT.

Para melhor elucidação, vale registrar o entendimento firmado pela 8ª Turma no julgamento do AIRR – 222-17.2015.5.09.0567, publicado em 30 de junho de 2017, no sentido de admitir, como base de cálculo do adicional de insalubridade, o salário normativo da categoria, tendo em vista expressa autorização constante em norma coletiva.

Consignou-se, na decisão, uma breve explanação acerca da existência de dissenso doutrinário e jurisprudencial quanto à aplicação da base de cálculo do adicional de insalubridade, tendo em vista o aparente conflito entre a previsão do art. 192 da CLT, que estabelece, como base de cálculo do adicional, o salário mínimo regional, e o disposto no art. 7º, IV, da Constituição da República, que veda expressamente a vinculação do salário mínimo para qualquer fim.

Ressaltou-se, frente tal polêmica e tendo em vista o teor da Súmula Vinculante nº 4 do STF, a evolução do entendimento jurisprudencial da Corte Trabalhista com os cancelamentos da Súmula nº 17 do TST e da OJ nº 2 da Subseção I de Dissídios Individuais (SDI-I-TST) e com as alterações na redação da Súmula nº 228 do TST, a qual, por fim, se firmou no sentido de considerar o salário básico, não mais o salário mínimo do art. 76 da CLT como outrora se afirmava, como base de cálculo do adicional de insalubridade, salvo condição mais benéfica firmada em norma coletiva.

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Entretanto, destacou-se a suspensão, pelo STF, da aplicação da nova redação da Súmula acima mencionada, ao argumento de que ainda que se entenda pela inconstitucionalidade da previsão celetista do salário mínimo como base de cálculo, nos termos da Súmula Vinculante nº 4, não se poderia, por decisão judicial, sem supedâneo normativo, realizar a substituição da base de cálculo do adicional de insalubridade.

Acrescentou-se, ainda, óbice firmado em outra decisão proferida pelo STF, no sentido de considerar inviável, de igual sorte, a aplicação de salário profissional ou piso normativo da categoria sem expressa autorização, neste sentido, em convenções ou acordos coletivos de trabalho.

Assim, com base nos limites firmados, consignou-se a conclusão, apresentada na SDI-I-TST, de que somente seria admitida a modificação da base de cálculo do adicional de insalubridade através de convenções ou de acordos coletivos especificamente direcionados a este fim, ou, ainda, através de lei posterior que expressamente estabelecesse base diversa.

No caso concreto, tendo em vista expressa previsão em norma coletiva, foi considerada válida a adoção do piso salarial da categoria em detrimento da base prevista na legislação trabalhista.

Por outro lado, na linha do posicionamento firmado pela 7ª Turma no julgamento do RR 1169-92.2011.5.09.0088, publicado em 11.09.2015, ressalta-se que, ainda que autorizada produção normativa coletiva específica, esta não prevalece se estabelecer base de cálculo inferior ao salário mínimo.

Nesta senda, referido órgão trabalhista reconheceu a invalidade de cláusula de convenção coletiva do trabalho que estabelecia quantia fixa, inferior ao salário mínimo vigente na época, como base de cálculo do adicional de insalubridade.

Foram destacados, como limites à produção normativa autônoma, tanto o mandamento constitucional para adoção de medidas visando melhorias nas condições de trabalho como a necessária observância das normas relacionadas à saúde do trabalhador.

Por conseguinte, assentou-se, tendo em vista a previsão constitucional do adicional de insalubridade bem como a sua caracterização como medida de higiene e segurança do trabalho, a compreensão de que falece à autonomia negocial a possibilidade de estabelecer parâmetro inferior ao legalmente previsto para fins de remuneração de atividades insalubres.

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

No contexto das decisões acima relatadas, constata-se novo contorno institucional conferido pelo TST à produção de acordos e convenções coletivas de trabalho.

De fato, no que se refere à base de cálculo do adicional de insalubridade, encontra-se autorizada a produção normativa autônoma direcionada a implementação de referencial remuneratório superior àquele estabelecido por norma imperativa estatal, não se admitindo, ao contrário, a adoção de parâmetros que lhe sejam inferiores.

Tal conclusão, na linha dos comentários realizados nos itens anteriores, insere-se no entendimento de que, no que se refere à insalubridade, é possível a produção de acordos e convenções coletivas que impliquem condições mais vantajosas ao trabalhador, com conseqüente aumento de proteção nas normas relacionadas ao meio ambiente do trabalho, ao passo que resulta inviabilizada a produção normativa restritiva de tal proteção, por violadora de patamares civilizatórios mínimos previstos constitucionalmente.

3.4 – Possibilidade de incorporação do referido adicional na remuneração

Por fim, a Corte Superior trabalhista tem se manifestado no sentido de considerar válida previsão em convenção coletiva e acordo coletivo de trabalho que estabeleça o pagamento conjunto dos adicionais de periculosidade e insalubridade no piso da categoria ou na remuneração, não se configurando, neste caso, o salário compossitivo previsto na Súmula nº 91 do TST¹.

Seguindo tal diretriz, a 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do ARR-3980-43.2011.5.12.0055, publicado em 12 de fevereiro de 2016, reformou a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho, reconhecendo a validade de cláusula de convenção coletiva que previa o pagamento conjunto dos adicionais de insalubridade e de periculosidade no salário dos trabalhadores que exerciam atividade de mineração.

Ressaltou-se, na oportunidade, que se tratava de forma de pagamento de adicionais inserida desde 1965 nas cláusulas das convenções coletivas dos trabalhadores do setor carbonífero, não se incluindo tal hipótese no óbice ao pagamento compossitivo previsto na Súmula nº 91 do TST.

1 O conceito de salário compossitivo pode ser abstraído a partir da análise das disposições da Súmula nº 91 do TST, ao estabelecer que “nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador”.

Neste contexto, segundo entendimento da Corte Trabalhista, a previsão coletiva que estabelece forma de pagamento agrupado dos adicionais de insalubridade e periculosidade não se enquadraria nesta hipótese de fixação remuneratória conjunta de verbas trabalhistas.

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Assentou-se, neste contexto, o entendimento firmado dentro da Corte Superior Trabalhista no sentido de admitir o estabelecimento de forma de pagamento agrupado destas parcelas salariais através da produção normativa autônoma.

Com base nesta mesma orientação, destaca-se o já mencionado julgamento proferido no RR-2086-04.2012.5.12.0053, publicado em 20 de novembro de 2015, uma vez que a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, além da análise de produção normativa coletiva relacionada à prorrogação de jornada em ambiente insalubre, já analisado em item anterior, também foi instada a se manifestar sobre a possibilidade de previsão convencional de pagamento cumulado dos adicionais de insalubridade e periculosidade, considerando válido tal ajuste.

Com relação ao tema, entendeu o Órgão trabalhista que não se aplicava a regra de vedação ao pagamento agrupado de parcelas, sem detalhamento, previsto na Súmula nº 91 do TST, nos casos em que existente previsão neste sentido através de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, uma vez que esta hipótese encontrava-se autorizada dentro da jurisprudência trabalhista, nos termos da Orientação Jurisprudencial Transitória nº 12 da SBDI-1 do TST.

Neste contexto, nos termos das decisões acima apresentadas, verifica-se o último parâmetro estabelecido dentro do ambiente institucional do TST para a produção de convenções e acordos coletivos relacionados à insalubridade.

Assim, ressalta-se, conforme entendimento do TST, a viabilidade de negociação coletiva da forma de pagamento do adicional de insalubridade através de seu agrupamento com o adicional de periculosidade, o que não representaria supressão ou restrição da proteção conferida ao direito relacionado ao meio ambiente do trabalho, diferentemente do constatado em itens anteriores.

De fato, registra-se que tal hipótese encontra assento na possibilidade de regulamentação do exercício do direito à percepção do adicional de insalubridade, mencionada no capítulo anterior.

4 – A CONJUNÇÃO DOS LIMITES INSTITUCIONAIS. UMA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO FRENTE O LEGISLADO EM MATÉRIA DE INSALUBRIDADE

Conforme registrado no capítulo anterior, encontram-se firmemente delimitados dentro do contexto institucional do TST os contornos do núcleo essencial do direito à autonomia negocial quando se objetiva a regulamentação da insalubridade.

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Ressalta-se a admissão, pela Corte Trabalhista, da possibilidade de produção de acordos coletivos e convenções coletivas quando estas representarem condições mais vantajosas, programarem maior proteção ao trabalhador ou, ainda, quando regulamentarem o exercício do direito relacionado à insalubridade. É o que se observa na definição de base de cálculo do adicional de insalubridade em patamar superior ao definido na legislação ordinária e, ainda, no estabelecimento do pagamento de adicionais de insalubridade e periculosidade de forma conjunta na remuneração.

Por outro lado, não se admitem normas coletivas que impliquem restrições de direitos relacionados à insalubridade, haja vista sua inserção no contexto maior de proteção do meio ambiente do trabalho. Por tal motivo, o TST não reconhece validade aos acordos coletivos e às convenções coletivas que visem reduzir o grau de insalubridade da atividade exercida ou que autorizem prorrogação de jornada em atividade insalubre sem a licença exigida nos arts. 60 e 295 da CLT.

Assim, com base nos limites institucionais fixados, observa-se, portanto, que não é ilimitada a possibilidade de produção normativa autônoma no que se refere aos aspectos relacionados à insalubridade.

Conforme observado, alguns dos óbices institucionais fixados se encontram definidos com o objetivo maior de proteção a direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o direito trabalhista fundamental de proteção ao meio ambiente do trabalho, representando as normas heterônomas estatais uma garantia de proteção mínima deste direito, infenso a restrições.

Por tal motivo, autorizar legislativamente a total prevalência da negociação coletiva em matéria de insalubridade relativas ao grau de insalubridade e a prorrogação de jornada em ambientes insalubres sem licença de autorização de autoridade competente, por exemplo, desconsiderando o teor da norma coletiva, se restritiva ou ampliativa da proteção ao meio ambiente do trabalho, implicaria uma extrapolação dos parâmetros impostos tanto pela literalidade do texto constitucional, como também por aqueles fixados dentro do contexto institucional da Corte Superior Trabalhista.

Assim, não se releva viável uma proposta de total prevalência da produção normativa negociada sobre a legislação heterônoma estatal em matéria de insalubridade, já que permitira, como destacado, o estabelecimento de toda e qualquer norma coletiva sem que se possa apreciar previamente seu conteúdo, se restritivo ou não de direitos, o que esbarraria nas delimitações institucionais apresentadas.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais gozam de proteção especial na estrutura constitucional, tanto no aspecto formal como material. Tal constatação, contudo, não representa a impossibilidade de sua restrição.

Nessa linha, dentre as formas de abordagem da restrição dos direitos fundamentais, ganha relevo a observância da garantia de proteção do núcleo essencial, a qual, em que pese partir de previsão constitucional, não prescinde de sua análise em concreto.

Neste contexto, tendo em vista as peculiaridades da exteriorização do direito fundamental à possibilidade de negociação coletiva das condições de trabalho quando relacionado à insalubridade, revela-se compatível a utilização do método de interpretação constitucional das garantias institucionais, uma vez que permite delimitar os parâmetros máximos para sua exteriorização no contexto trabalhista, esta última realizada a partir da verificação da validade de convenções e acordos coletivos de trabalho produzidos.

Por outro lado, uma vez que a restrição do direito é realizada, inicialmente, de sua previsão abstrata, faz-se necessária a análise da previsão constitucional do direito à negociação coletiva através de convenções e acordos coletivos de trabalho, a qual pode ser extraída da análise conjunta do *caput* do art. 7º e dos incisos VI, XIII, XIV e XXVI da Constituição da República de 1988.

A partir desta previsão constitucional, observa-se que os óbices firmados à negociação coletiva dizem respeito, tão somente, à produção de convenções e de acordos coletivos que impliquem renúncia ou restrição de direitos trabalhistas, sendo ampla a possibilidade de exercício da autonomia negocial visando melhorias das condições de trabalho dos trabalhadores urbanos e rurais ou ainda para a regulamentação de direitos constitucionalmente assegurados.

Ultrapassada sua análise em abstrato, ressalta-se que somente a partir de sua manifestação em concreto, dentro do contexto institucional do Tribunal Superior do Trabalho, é que se faz possível identificar limites objetivos à autonomia negocial conferida constitucionalmente para a produção de convenções e acordos coletivos de trabalho no que se refere à regulamentação da insalubridade.

Neste contexto, na linha do entendimento fixado pela Corte Trabalhista, admite-se a produção de acordos e convenções coletivas quando estas representarem condições mais vantajosas ou programarem maior proteção ao trabalhador, bem como quando regulamentarem o exercício do direito no que se refere à insalubridade. É o que se observa na definição de base de cálculo

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

do adicional de insalubridade em patamar superior ao definido na legislação ordinária e, ainda, no estabelecimento do pagamento de adicionais de insalubridade e periculosidade de forma conjunta no piso salarial.

Por outro lado, tendo em vista o caráter cogente das normas estatais, inseridas no patamar civilizatório mínimo reconhecido constitucionalmente, a Corte Superior Trabalhista não admite a produção de normas coletivas que impliquem simples restrição ou renúncia de direitos relacionados à insalubridade, o que ocorreria com a redução do grau de insalubridade da atividade exercida ou com a autorização de prorrogação de jornada em atividade insalubre sem a licença exigida nos arts. 60 e 295 da CLT.

Assim, diante dos limites fixados dentro do contexto institucional do TST, no sentido de ora admitir e ora rechaçar a produção normativa coletiva, não se releva viável uma proposta de total prevalência da produção normativa negociada sobre a legislação heterônoma estatal em matéria de insalubridade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 3. ed. Londres: Laccademia Publishing, 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 10222-54.2014.5.18.0052*. Relator Ministro: Antonio José de Barros Levenhagen. Data de Publicação: DEJT 05.05.2017. 5ª Turma. Data de Julgamento: 03.05.2017. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2010222-54.2014.5.18.0052&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAMR/AAF&dataPublicacao=05/05/2017&localPublicacao=DEJT>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

_____. _____. *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 10793-38.2015.5.18.0101*. Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado. Data de Publicação: DEJT 30.09.2016. 3ª Turma. Data de Julgamento: 28.09.2016. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2010793-38.2015.5.18.0101&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAQXYAAS&dataPublicacao=30/09/2016&localPublicacao=DEJT>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

_____. _____. *Agravo de instrumento em Recurso de Revista 222-17.2015.5.09.0567*. Relatora Ministra: Dora Maria da Costa. Data de Publicação: DEJT 30.06.2017. Data de julgamento: 28.06.2017. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20222-17.2015.5.09.0567&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAU7+AAK&dataPublicacao=30/06/2017&localPublicacao=DEJT>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

_____. _____. *Recurso de Revista 1169-92.2011.5.09.0088*. Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de Publicação: DEJT 11.09.2015. 7ª Turma. Data de Julgamento: 09.09.2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20>

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

1169-92.2011.5.09.0088&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAM1RAAD&dataPublicacao=11/09/2015&localPublicacao=DEJT>. Acesso em: 24 jul. 2017.

_____. _____. *Recurso de Revista 2086-04.2012.5.12.0053*. Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão. Data de Publicação: DEJT 20/11/2015. 7ª Turma. Data de Julgamento: 11.11.2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%202086-04.2012.5.12.0053&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAANZ5AAN&dataPublicacao=20/11/2015&localPublicacao=DEJT>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

_____. _____. *Recurso de Revista com Agravo 301-59.2011.5.04.0022*. Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta. Data de Julgamento: 27.05.2015. 2ª Turma. Data de Publicação: DEJT 05.06.2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%20301-59.2011.5.04.0022&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAMzOAAO&dataPublicacao=05/06/2015&localPublicacao=DEJT>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

_____. _____. *Recurso de Revista com Agravo 3980-43.2011.5.12.0055*. Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga. Data de Publicação: DEJT 12.02.2016. 6ª Turma. Data de Julgamento: 03.02.2016. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%203980-43.2011.5.12.0055&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAANPLAAU&dataPublicacao=12/02/2016&localPublicacao=DEJT>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macedo de Brito. Acordos coletivos de trabalho: possibilidades e limites firmados pela Constituição Federal de 1988. In: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo Macedo de Brito (org). *Trabalho, Constituição e cidadania*. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e negociação coletiva trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 82, n. 4, p. 214-245, out./dez. 2016. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/101867>>. Acesso em: 3 abr. 2017.

GOMES, Miriam Cipriani. *Violação dos direitos fundamentais na negociação coletiva de trabalho*. São Paulo: Ltr, 2012.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. Os limites da autonomia negocial coletiva segundo a jurisprudência. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 82, n. 4, p. 47-84, out./dez. 2016. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/101999>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.