

SUMULA VINCULANTE Nº 4:**TERTIUS GENUS NO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE?**

*** Tereza Aparecida Asta Gemignani**

“Aprendi com a primavera a
deixar-me cortar e voltar
sempre inteira.”

Cecília Meirelles

Resumo- O artigo se propõe a explicitar que a redução dos riscos inerentes ao trabalho, visando preservar a saúde e a higidez física, constitui direito fundamental albergado expressamente do inciso XXII do artigo 7º da CF/88, que assim deve balizar o ordenamento infra-constitucional. O controle da constitucionalidade tem o escopo de conferir estabilidade e segurança jurídica ao marco normativo. Neste contexto, a Súmula Vinculante surge como uma nova ferramenta, um *tertius genus* no controle da constitucionalidade, de modo que sua legitimidade está atrelada à observância da matriz constitucional, o que exige a implementação de novas regras de hermenêutica para que se revista de eficácia. A Súmula Vinculante nº 4 objetiva fazer valer a norma constitucional que garante melhores condições de saúde e segurança no local de trabalho, e assim deve ser interpretada a fim de assegurar a maturidade institucional do direito trabalhista

Palavras chave:

Hermenêutica constitucional. controle da constitucionalidade. Súmula vinculante. Adicional de insalubridade

Sumário- 1-Introdução; 2-Novos tempos, novos desafios; 3-A ambivalência; 4-A constitucionalização do Direito; 5- A eficácia horizontal dos direitos fundamentais; 6- Da insalubridade; 7-Do adicional; 8-Da Súmula Vinculante nº 4; 9-Da reclamação e da liminar; 10-Da extensão do efeito vinculante; 11- Dos diferentes critérios; 12- O cálculo do adicional; 13-Da eficácia; 14- Da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; 15- A Súmula vinculante como *tertius genus* no controle da constitucionalidade; 16- Uma nova hermenêutica; 17- O risco do retrocesso; 18- Conclusão; 19- Bibliografia.

Tereza Aparecida Asta Gemignani é Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas e Doutora em Direito do Trabalho- nível de pós-graduação pela USP- Universidade de São Paulo

1-Introdução

Uma das características de nossa contemporaneidade, por alguns denominada de pós- modernidade, é que não há mais espaço para um discurso excludente entre progresso econômico e padrão normativo constitucional. Ambos tem que correr juntos pois estão imbricados, e assim devem ser considerados quando se trata de assegurar o desenvolvimento sustentável da nação.

Vinte anos depois de sua promulgação, se apresenta cada vez mais explícita a impressionante sintonia da Constituição de 1988 a essa nova perspectiva trazida pela realidade fática, tornando incabível a leitura reducionista dos que pretenderam relegá-la à menoridade. Editada num momento de transição, entre a ordem autoritária que estava em vigor há mais de duas décadas e o regime democrático, a nova Carta fez mais do que isso, ao construir vias de acesso à obtenção da maturidade institucional.

Entre essas vias, o elenco de direitos trabalhistas se reveste de significativa relevância, pois ante uma realidade fática tão complexa e plural, que caracteriza um país com dimensão continental, aponta as diretrizes necessárias para preservação dos direitos fundamentais, notadamente os que se referem a preservação da saúde e higidez física do trabalhador, para tanto exigindo a manutenção da salubridade no local de trabalho

Por isso, sem esquecer as idas e vindas, não se pode negar a importância da Carta Constitucional como garantidora da normalidade democrática assentada sobre o Estado de Direito. Neste cenário, se revela paradigmática a grande celeuma desencadeada pela edição da Súmula Vinculante nº 4, notadamente em face da extensão dos seus efeitos em relação ao marco normativo posto pelo sistema jurídico, como passarei a demonstrar.

Trata-se de empreitada de risco, pois encetada no calor dos acontecimentos, já que este artigo está sendo escrito em outubro de 2008, quando toda a matéria ainda constitui objeto de intensa discussão. Entretanto, não me furtarei à tarefa, porque é precisamente neste momento que se deve contribuir para o debate.

2- Novos tempos, novos desafios.

Nesta fase peculiar que estamos vivendo, em que novas técnicas laborais vem sendo implementadas e a atividade é exigida num ritmo acelerado, o que aumenta consideravelmente os riscos, mais do que nunca se torna necessário compreender que o desenvolvimento sustentável da nação só pode ser atingido se houver investimento na melhoria das condições de trabalho, a fim de se obter maiores índices de produtividade sadia. Como explica Carlos Eduardo Soares Gonçalves¹ “mais produtividade gera mais investimentos, ou, dito de outro modo, a direção da causalidade corre da produtividade para

¹ Soares Gonçalves, Carlos Eduardo- Produtividade e instituições no Brasil e no mundo: ensinamentos teóricos e empíricos- *in* Brasil- Globalizado- o Brasil em um mundo surpreendente- organizadores- Fábio Giambiagi, Octávio de Barros Elsevier Editora Ltda Rio de Janeiro- 2008- págs 197 a 223

o investimento, e não o contrário. Por isso, mais frutífero do que defender maiores taxas de investimento é defender melhoras institucionais que aumentem a produtividade econômica e, conseqüentemente, o investimento e o PIB. Para quem acha essa inversão de causalidade estranha, chamamos atenção para o fato de que a correlação estatística entre crescimento e investimento futuro é, nos dados, mais forte que a correlação entre crescimento e investimento passado.”

Daí se pode concluir como insustentável, a tese de que os gastos despendidos na melhoria das condições de trabalho redundariam num custo insuportável para a atividade econômica, pois na verdade atuam como investimento propulsor do desenvolvimento da nação como um todo, além de equalizar as condições de concorrência entre os segmentos que exploram atividade produtiva.

3- A ambivalência

Discorrendo sobre a sociedade contemporânea, Zygmunt Bauman² ressalta que, ao contrário da modernidade, pautada por marcos unívocos e bem definidos, a atualidade se concretiza como um estado de ambivalência, em que tudo vale e ao mesmo tempo nada vale, o que causa uma crise de valores entre as alternativas, que se apresentam em número cada vez mais elevado.

Na área jurídica a questão da ambivalência se torna particularmente relevante quando o marco normativo, posto para disciplinar comportamentos, entra em xeque e passa para a sociedade uma sensação de impotência e perda de controle. Neste contexto, ressalta Bauman, as conseqüências “se tornam imprevisíveis, enquanto o acaso, de que supostamente nos livramos com o esforço estruturador, parece empreender um retorno indesejável”, com o aumento do nível de contingência, que pode levar o grupo social à desagregação.

Por isso, quando há ambivalência de valores em situação de conflito, a aplicação singela da regra se torna insuficiente para apresentar soluções, o que leva à necessidade de se guiar pelos princípios constitucionais postos pelo ordenamento maior que, ademais, também terão que ser interpretados de forma concomitante e não excludente, e sem perder a percepção de que sua aplicação deve ser pautada pela máxima eficiência em debelar a insegurança, um dos fenômenos mais angustiantes de nosso tempo.

Como bem define Bauman, a luta “pela ordem não é a luta de uma definição contra outra, de uma maneira de articular a realidade contra uma proposta concorrente. É a luta da determinação contra a ambigüidade, da precisão semântica contra a ambivalência, da transparência contra a obscuridade, da clareza contra a confusão”.

²Bauman, Zygmunt- Modernidade e Ambivalência- Jorge Zahar Editor- Rio de Janeiro- 1999- tradução de Marcos Penchel – págs 10 a 15

Ademais, quando os níveis de ambivalência são aumentados, como ocorre na contemporaneidade, o Parlamento, sozinho, se torna incapaz de fixar a completude dos parâmetros de um padrão ordinatório, pois o modelo unívoco não oferece mais respostas satisfatórias num ambiente de multiplicidade crescente, abrindo espaço para um acentuado protagonismo do Poder Judiciário.

Ou seja, o Parlamento estabelece as regras gerais e traça as diretrizes, porém o faz em cláusulas abertas, não mais em *numerus clausus*, abrindo caminho para uma atuação jurisdicional mais ampla, não apenas para interpretar, mas também para complementar o próprio enunciado da norma.

Entretanto, esta atuação só terá legitimidade se for pautada pela aplicação dos princípios constitucionais.

4- A constitucionalização do Direito

A constitucionalização dos direitos se revela imprescindível, portanto, para garantir a funcionalidade do próprio sistema e, para que se revista de eficácia, deve observar determinados princípios, entre os quais merecem destaque:

4.1-princípio da unidade da Constituição

O ordenamento é constituído por preceitos integrados num sistema unitário e não um feixe de normas isoladas. O sentido de cada norma é intercambiante com o sentido do todo, como enfatiza Gilmar Mendes, ressaltando que sob tal perspectiva a Constituição “só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta [...] que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque- relembre-se o círculo hermenêutico- o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes”³, de modo que a vedação estabelecida no inciso IV do artigo 7º da CF/88 não pode ser interpretada sem considerar o disposto nos incisos XXII e XXIII do mesmo artigo.

4.2- princípio da concordância prática ou harmonização

Em caso de aparente diversidade entre normas constitucionais deve ser adotada a solução que as harmonize de tal modo, que resulte na otimização de ambas e no menor sacrifício possível dos bens e valores envolvidos.

³ Ferreira Mendes, Gilmar- Mártires Coelho, Inocêncio -Gonet Branco, Paulo Gustavo- Curso de Direito Constitucional- Editora Saraiva- 2008- págs 114 a 121

4.3- princípio da correção funcional

Tem por finalidade orientar o intérprete no sentido de que o ordenamento coerente e previamente ponderado não pode levar a um resultado que desatenda tais parâmetros. A aplicação deste princípio tem especial relevo no controle da constitucionalidade, a fim de resguardar a estrita fidelidade à Constituição. Neste contexto, insistir na utilização do salário-mínimo, como base de cálculo do adicional de insalubridade, leva ao descumprimento do preceituado nos incisos XXII e XXIII do artigo 7º da CF/88, prejudicando a funcionalidade do sistema, que fica travado pela indefinição como estamos verificando no caso concreto.

4.4- princípio da máxima efetividade

Tem o escopo de otimizar a eficácia da norma constitucional, preservando sua inteireza a fim de garantir a utilidade do ordenamento para reger os atos /fatos concretos da vida. A interpretação da norma deve evitar que a aplicação de uma redunde em negativa de outra. Se a norma constitucional institui um direito, o sistema deve garantir sua efetividade.

4.5- princípio da eficácia integradora

Orienta o intérprete no sentido de que, ao construir soluções procure dar preferência àqueles critérios que favoreçam a integração social e a unidade, porque ao atuar como coluna vertebral que sustenta a ordem jurídica, a observância da Constituição deve produzir e manter a coesão social, pré-requisito e condição de viabilidade do próprio sistema, a fim de conduzir a soluções “pluralisticamente integradoras” como ressalta Canotilho⁴

Assim, a interpretação dos incisos IV, XXII e XXIII do artigo 7º da CF/88 deve ser pautada pela eficácia integradora, que resulta na preservação do direito à saúde e higidez física, porque é o bem maior a ser protegido.

A finalidade do Direito consiste em ser propositivo e atuar como balizador de conduta, cuja importância cresce num ambiente de ambivalência. Na era contemporânea a Constituição se tornou o “centro em torno do qual giram várias ordens normativas fragmentadas, [...] esfaçalhadas, envolvendo inclusive um processo de inflação normativa. É exatamente essa gravidade que consegue fazer com que nós possamos compreender o papel da Constituição....dando unidade a um direito dilacerado que haverá de ser construído

⁴ Canotilho- J.J. Gomes- Direito Constitucional e Teoria da Constituição- 5ª edição Almedina- Coimbra, 2002 - Portugal- pag 1208

pelo operador jurídico... como uma espécie de fio de ouro capaz de costurar os fragmentos” como explica Clémerson Mérlin Cléve⁵.

Ademais, nessa “renovada ciência todas as normas constitucionais possuem uma utilidade no ordenamento, estando vedada a interpretação que culmine numa supressão ou transmutação constitucional indevida, seja pela omissão estatal, seja pela ação contrária aos direitos fundamentais”, como bem enfatiza Luciano Arlindo Carlesso⁶.

Considerando tais parâmetros, ante o disposto nos incisos IV, XXII e XXIII do artigo 7º e XXXV do artigo 5º da CF/88, como interpretar os dispositivos que regem a questão referente ao adicional de insalubridade, tendo os princípios supra referidos como bússola ?

5-A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Neste contexto, é possível considerar o pagamento do adicional de insalubridade apenas como verba de natureza contratual, atrelada ao vínculo empregatício existente entre as partes ?

Penso que não.

O direito à saúde desborda os estreitos limites da contratualidade, e se constitui numa autêntica garantia institucional que se espraia por todo o sistema.

Neste sentido se posicionou a Carta de Manaus, expedida no XIV CONAMAT- Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho⁷, ao consignar em seu item 4 o reconhecimento de que “o direito a um meio ambiente de trabalho saudável e seguro se constitui em direito fundamental do trabalhador, assegurado pela Constituição Federal”

Além disso, mesmo em se considerando que a questão surge numa relação de natureza privada, o conceito de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de matriz alemã, é matéria já amadurecida na doutrina e detém inequívoca aplicabilidade no sistema brasileiro. Como bem salienta Virgílio Afonso da Silva⁸ a aplicação dos direitos fundamentais extrapola “o âmbito da relação entre Estado e indivíduo para irradiar efeitos, direta ou indiretamente, por todo o ordenamento jurídico”, atingindo também as relações entre particulares, assim atuando em cumprimento aos princípios constitucionais, que devem ser realizados “na maior medida possível”, diante das situações fáticas e jurídicas existentes, operando nas “relações entre particulares com base na idéia de otimização”. Ademais, “é na atividade judiciária, especialmente na aplicação, na interpretação e no

⁵ Cléve, Clémerson Mérlin- O controle da constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais-*in Jurisdição constitucional e Direitos fundamentais- José Adercio Leite Sampaio- coordenador- Editora Del Rey- Belo Horizonte- 2003*

⁶ Carlesso, Luciano Arlindo- Direito Humano a um meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado- um direito de todos os seres humanos trabalhadores- Revista LTR -fevereiro de 2008- nº 72-02/209 a 220

⁷ Carta de Manaus expedida no XIV Conamat- Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho- abril/maio de 2008- Amazonas

⁸ Afonso da Silva, Virgílio- A constitucionalização do Direito- os direitos fundamentais nas relações entre particulares- Malheiros Editores, 2008 - 1º edição- 2ª tiragem;- pág 10 e 146

controle dos atos entre particulares que envolvam direitos fundamentais, que todas as dificuldades e peculiaridades da constitucionalização do direito se revelam com clareza e profundidade”. O pensamento de Jorge Reis Novais⁹ também caminha nesta direção, enfatizando os benefícios sociais proporcionados pela “segurança jurídica que resulta da proteção dos direitos fundamentais”.

Tal ocorre porque o feixe de direitos fundamentais postos pela Constituição atua não só como limite, mas constitui verdadeira bússola, traçando marcos orientadores da ordem jurídica que assim “se expandem para todo o direito positivo”. Esta dimensão objetiva “decorre do reconhecimento de que os direitos fundamentais consagram os mais importantes valores partilhados numa comunidade política”, de modo que não se referem apenas ao Estado mas a toda a sociedade, como explica Daniel Sarmento¹⁰.

É preciso reconhecer que há um anseio social crescente por segurança e repúdio à existência de decisões conflitantes sobre a mesma matéria, que redundam em situações de injustiça em que uns obtêm o bem da vida e outros não, embora esteja em jogo o mesmo direito, de modo que pouco importa a natureza jurídica do autor do ato ilícito, quando perpetrado com violação dos direitos fundamentais.

6- Da insalubridade

A prestação laboral em condições de insalubridade tem se revelado, cada vez mais, como a grande responsável pelo número crescente de afastamentos/faltas ao trabalho, bem como concessão de licenças e aposentadorias por invalidez, comprometendo a empregabilidade futura do trabalhador e precarizando a qualidade de vida de toda sua família, pois reduz as chances dos filhos serem mantidos na escola por mais tempo, chamados que são para completar a baixa renda familiar.

Ademais, aquele que fica incapacitado de trabalhar tem grandes chances de desenvolver quadros de depressão, com aumento do consumo de álcool, que via de regra leva aos fatos notórios de violência doméstica e desagregação familiar.

Como uma bola de neve os fatos vão se sucedendo, com sensível aumento da gravidade das conseqüências, que poderiam ter sido evitadas com atitudes de prevenção.

Ao analisar o tempo perdido com doença e o impacto que isso causa ao país, em recente pesquisa Milko Matijascic, do IPEA, apurou¹¹ em 13,5 anos o período que os homens passam doentes e 11,5 as mulheres, explicando que as “pessoas passam

⁹ Novais, Jorge Reis- Contributo para uma teoria do Estado de Direito-Almedina, Coimbra- Portugal- 2006- pág 210

¹⁰ Sarmento, Daniel- A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria- págs 254 e 308 -in Jurisdição constitucional e direitos fundamentais- Editora Del Rey- Belo Horizonte- 2003- org. José Adércio Leite Sampaio.

¹¹ Jornal O Estado de São Paulo- 29 de setembro de 2008- pág A20

mais de uma década em condição de vida precária, o que tem impacto nas finanças públicas, com perda de produtividade e custos hospitalares”, sendo que na comparação com outros países “a situação só é pior na Índia, Rússia e África do Sul”. Ressalta que investir na “prevenção é mais barato do que tratar os pacientes depois da doença instalada” e os “investimentos sociais podem mudar o atual quadro, que tem reflexos diretos na capacidade produtiva e na competitividade do país”, ressaltando que a “desigualdade é diminuída não só com programas de transferência de renda, mas com investimentos em serviços sociais, como saúde.”

Em recente artigo, o prof. José Pastore¹² noticia que além dos 300 mil casos de pessoas que adoecem, acidentam-se ou morrem, o “número dos não notificados é maior, podendo chegar a casa de 1 milhão”. Menciona que, de conformidade com dados por ele levantados em 2004, os “acidentes e as doenças profissionais custam quase 25 bilhões por ano”. Explica que as “campanhas de prevenção de acidentes dão resultado, sem dúvida. Mas o que mais funciona é a premiação da empresa que tem pouco e a penalização da empresa que tem muito acidente e doença profissional.” (g. n.)

Entretanto, o que se tem percebido é que a adoção desta conduta de prevenção vem sendo desestimulada, pois o que se paga como adicional de insalubridade é muito pouco, tendo um custo menor do que os gastos que seriam necessários para reduzir os níveis de insalubridade nos locais de trabalho.

Tal situação se revela insustentável.

Cabe ao Judiciário, como poder estatal, proferir decisões que atuem como indutoras à realização dos investimentos necessários para a redução dos níveis de insalubridade nos locais de trabalho

Não se pode desconsiderar que o que está em jogo é a saúde e a higidez física do homem que trabalha, bem como que o número elevado de afastamentos por licença saúde e aposentadorias por invalidez se constitui num custo suportado por toda a sociedade, provocado muitas vezes pela falta de manutenção no maquinário existente, ou falta de instalação de equipamentos mais adequados ao exercício da atividade que é exigida do trabalhador, o que pode redundar em benefício econômico imediato ao empregador, que deixa de desembolsar as respectivas despesas necessárias para a adoção destas providências.

Ora, não há amparo no direito posto e nos princípios constitucionais para admitir que a privatização dos lucros em benefício de alguns seja sustentada pela socialização dos prejuízos, suportados não só pelo trabalhador e sua família, mas também pela sociedade como um todo, mediante a concessão de um volume significativo de benefícios previdenciários (auxílio doença e aposentadoria por invalidez), custos

¹² Jornal O Estado de São Paulo- 23 de julho de 2008- pág B2

hospitalares e custos sociais supra referidos, de modo que a questão desborda os restritos limites de um contrato de trabalho, gerando efeitos em toda a sociedade.

Ensina Luiz Edson Fachin¹³ que não “se trata, tão-só de permear o estatuto jurídico das pessoas, dos bens e dos interesses à luz dos direitos fundamentais como direitos à proteção, mas também de apreender direitos de organização e de participação, aptos a exigir condutas públicas ou privadas”, delineando de forma nítida um movimento que supera o viés patrimonialista e alça um novo patamar, marcado pela repersonalização das relações jurídicas”. Destarte, não há como reduzir a insalubridade a simples questão patrimonialista/contratual quando se trata de garantir condições de saúde e higidez física no local de trabalho, direito que a Constituição Federal em vigor albergou como fundamental.

7- Do adicional

O artigo 192 da CLT dispõe que o trabalho insalubre, assim considerado o que é executado em condições que extrapolam os níveis de tolerância, assegura o recebimento de um adicional variável de 40%, 20% e 10%, conforme a gravidade do grau (máximo, médio e mínimo), a ser calculado sobre o “salário-mínimo da região”.

Ao ser promulgada a Constituição Federal em 1988, a redação constante dos incisos IV e XXIII do artigo 7º veio provocar intensa controvérsia quanto a base de cálculo deste adicional. Alguns defendiam a manutenção do salário-mínimo. Outros pugnavam pela utilização do salário-base e muitos pretendiam considerar para tanto a remuneração.

Ante tal celeuma, o Tribunal Superior do Trabalho passou a considerar em inúmeros julgados que não teria ocorrido qualquer alteração, assim dispondo de forma expressa em sua jurisprudência dominante, consignada na Súmula 228 e OJ 2 da SDI I, ao expressamente aduzir que tal entendimento continuava “mesmo na vigência da CF/88”, diretriz que passou a nortear os julgamentos nesta Justiça Especializada.

8-Da Súmula Vinculante n. 4

Entretanto, tal quadro jurídico sofreu alteração significativa.

A Emenda Constitucional 45/04 inseriu o artigo 103 A na Carta Constitucional, conferindo ao STF a atribuição de “aprovar súmula que, a partir de sua publicação, na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário”

¹³ Fachin, Luiz Edson- Aspectos da racionalidade histórico-cultural do arquétipo inserido no Código Civil brasileiro de 2002 in Novo Código Civil- cinco anos de vigência- Revista do Advogado – AASP - ano XXVIII- julho de 2008- nº 98- págs 148 a 150

Em relação à presente matéria editou o STF a **Súmula Vinculante nº 4**, estabelecendo expressamente que “*o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado*”, nestes termos interpretando o disposto no inciso IV do artigo 7º da Lei Maior, que levou ao cancelamento da OJ 2 da SDI-I pelo C. TST, de sorte que o supra referido entendimento não pode mais ser sustentado.

Da parte final da súmula constou também que o salário-mínimo não pode “ser substituído por decisão judicial”, assim vedando a criação autônoma de um novo indexador, o que veio fulminar a validade da Súmula 17 do C. TST, eis que o parâmetro ali estabelecido quanto à utilização do “salário-profissional” decorria exclusivamente de uma construção judicial, declarada pelo STF como insuficiente e assim deve ser cumprida em decorrência de sua força vinculante, como considerou o próprio TST quando procedeu ao seu cancelamento.

Na mesma sessão o TST procedeu à revisão da Súmula 228, que passou a adotar a seguinte redação:

“A partir de 09 de maio de 2008, data da publicação da Sumula vinculante nº 4 do STF, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo”

Tal alteração provocou acirrada celeuma, que levou ao ajuizamento de três reclamações junto ao STF, questionando a validade do novo texto da Súmula 228 do C. TST.

9- Da reclamação e da liminar

O ajuizamento de reclamação junto ao STF está previsto no ordenamento, quando se trata de controle concentrado da constitucionalidade. Seria cabível também em relação a súmula vinculante ?

Dispõe o artigo 102, I, “1”, da CF/88 que compete ao STF a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar originariamente “a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”.

Como explica Fábio Victor da Fonte Monnerat¹⁴, a “reclamação parte de uma premissa simples, qual seja, se é dado ao Tribunal competência para decidir determinada matéria, deve existir um mecanismo processual que garanta a observância desta competência, bem como, a autoridade da decisão proferida.”

Ensina Hely Lopes Meirelles¹⁵ que inicialmente o STF considerava inadmissível a Reclamação em relação às decisões proferidas em controle concentrado, tendência que aos poucos foi alterada no sentido de que tal posicionamento deveria ser revisto. Em julgados proferidos nos anos de 1992 e 1993 o STF passou a reconhecer a legitimidade daqueles “entes e órgãos que, apesar de não terem sido parte na ação direta de inconstitucionalidade”, pudessem proceder ao ajuizamento da reclamação, o que também foi reconhecido em relação a ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental nos termos do artigo 13 da lei 9.882/99.

Nestes termos, nada impede que a Reclamação, admitida em relação a um ato administrativo ou judicial, proferido em contrariedade a decisão exarada em uma ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental, também passe a ser cabível quando ocorrer contrariedade à Súmula Vinculante editada pelo STF, pois esta se constitui também numa ferramenta de controle da constitucionalidade .

Em relação a Súmula Vinculante nº 4 foram ajuizadas 3 (três)reclamações:

1ª - nº 6.266 - pela Confederação Nacional da Indústria

2ª- nº6275 - pela Unimed Ribeirão Preto- Cooperativa de Trabalho Médico

3ª- nº 6277 - pela Confederação Nacional da Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços

Ao apreciar o pedido, o presidente do E. STF deferiu liminar para “suspender a aplicação da Súmula 228 do C. TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade”

Neste contexto, quais os parâmetros do efeito vinculante ?

¹⁴ Monnerat- Fábio Victor da Fonte – Reclamação. STF. Legitimação ativa. Atingidos por ADIN- *in* Revista de Processo nº 142- ano 31- dezembro de 2006- publicação oficial do IBDP- Instituto Brasileiro de Direito Processual págs. 185 a 205

¹⁵ Meirelles- Hely Lopes- Mandado de Segurança- Malheiros Editores- 30ª edição- págs 640 e seguintes

10- Da extensão do efeito vinculante.

Embora seja possível o ajuizamento de Reclamação junto ao STF, em relação à matéria tratada na Súmula Vinculante, há questões peculiares em aberto que precisam ser enfrentadas.

No caso do controle concentrado, em que há **uma ação específica**, é possível entender que o efeito vinculante também se estenda aos fundamentos determinantes desta decisão.

Entretanto, a súmula vinculante não se refere a uma ação específica, constituindo-se num resumo da tese reiterada em diversas decisões, que podem deter especificidades outras inerentes a cada caso, embora ensejem convergência quanto a um determinado ponto comum, que resultou na edição da súmula. Por tais razões, o efeito vinculante se restringe exclusivamente ao enunciado da súmula, não podendo ser ampliado para abranger as diversas fundamentações das diferentes ações em que a mesma tese foi anteriormente apreciada, nem há amparo constitucional para atrelar o enunciado a fundamentação exarada num único julgamento, nem que seja o último, como vem defendendo certa corrente doutrinária, pois tal interpretação viola a natureza jurídica da própria súmula e compromete sua eficácia, como está revelando toda a celeuma suscitada em relação a questão da base de cálculo do adicional de insalubridade.

Importante ressaltar, que a liminar deferida não decorre de um provimento recursal, pois a reclamação tem natureza de ação, e não de recurso. Destarte a liminar só pode ser lida, e interpretada, sob o balizamento dos critérios estabelecidos na própria súmula. Por isso, não há como atribuir à liminar, concedida por juiz singular, efeitos mais amplos do que os traçados pelo enunciado da Súmula, estabelecido por uma decisão colegiada do Tribunal, proferida nos termos do artigo 103 A da CF/88, que exige expressamente a “decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional”

Não há como interpretar uma súmula da mesma forma como se procede em relação a uma decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade. A intensa controvérsia suscitada em relação a Súmula Vinculante nº 4 evidencia isso. A partir do momento em que, inadvertidamente, se pretendeu ampliar o efeito vinculante além dos limites estabelecidos no artigo 103 A da CF/88, indevidamente incluindo os fundamentos específicos da última decisão proferida em RE, que versa sobre matéria colateral, desatrelada do foco principal, tudo desandou...

Ora, o efeito não poderia ser outro.

A edição de uma Súmula vinculante, pela sua própria natureza, se concentra na **tese reiterada** nos diversos casos submetidos à apreciação do Tribunal, passando ao largo, portanto, das peculiaridades de cada caso e procurando condensar apenas a tese uniforme que se repete em todos eles que, no caso, corresponde a vedação de utilização do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

É isso.

Desbordar destes contornos levaria a controvérsia a tal nível que implodiria a eficácia do instituto da súmula vinculante, intensificando o conflito ao invés de reduzi-lo, como seria seu escopo.

Considerar como vinculantes os diferentes fundamentos das diversas decisões, quando a razão de ser da súmula é exatamente o contrário, ou seja, um resumo da tese convergente em todos eles, se afigura insustentável por redundar numa impossibilidade lógica, como as recentes ocorrências vem demonstrando em relação a Súmula vinculante nº 4.

11- Dos diferentes critérios

A Súmula Vinculante estabeleceu expressamente que o disposto no artigo 192 da CLT deixou de ser exigível no que se refere a base de cálculo, pois “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”.

A constitucionalização da matéria evidencia um acentuado movimento de despatrimonialização, ou seja, de superação do paradigma patrimonialista. Neste contexto, o pagamento do adicional de insalubridade não se restringe à natureza de singela contraprestação, devendo ser considerado também como um inibidor das práticas lesivas a saúde e integridade física daquele que trabalha, assim conferindo funcionalidade à diretriz traçada no artigo 1º da Constituição Federal ao erigir o trabalho como valor fundante da República. “Daí porque as Cortes não são apenas guardiãs da Constituição... mas, sim, veículos de justificação e fundamentação material dos direitos que devem ser protegidos pelo Judiciário” conforme ressalta com maestria Luiz Edson Fachin¹⁶, alertando para a necessidade de se precaver de duas armadilhas “de um lado, o senso comum; e de outro, o arbítrio das razões subjetivas.

Ante as razões supra referidas, quais critérios devem ser considerados para solucionar a questão ?

11.1- Da remuneração.

Não há nenhuma lei fixando a remuneração como base de cálculo dos adicionais referidos no inciso XXIII do artigo 7º da CF/88, entre os quais se insere a insalubridade. Acrescente-se que em nenhum momento o referido inciso assim determinou, tendo se limitado a estabelecer o pagamento de um adicional **de** remuneração, para fixar a natureza salarial deste título. Se o objetivo fosse estipular a remuneração, como base de

¹⁶ Fachin, Luiz Edson- Aspectos da racionalidade histórico-cultural do arquétipo inserido no Código Civil Brasileiro de 2002- *in* Novo Código Civil- cinco anos de vigência- Revista do Advogado – AASP - ano XXVIII - julho de 2008- nº 98- págs 143 a 151

cálculo, teria sido adotada terminologia distinta, com a estipulação de um adicional **sobre** a remuneração, o que é bem diferente. Neste sentido tem se posicionado a doutrina e a jurisprudência, de modo que não há amparo para a utilização da remuneração como base de cálculo deste adicional.

11.2- Do salário contratual

Salário contratual é aquele estipulado no contrato de trabalho, ao ser celebrado de forma escrita ou verbal. Entretanto, além de não estar estipulado em nenhum texto legal, trata-se de expressão que pode gerar controvérsias e dar margem a diferentes interpretações. Seria assim considerado aquele estipulado no ato da contratação, ou o último valor pago? Em caso de salários variáveis, como seria aferido o *contratado* ? A fim de evitar a ampliação dos pontos em conflito, nada aconselha a utilização de tal critério.

11.3- Do piso normativo da categoria

Piso normativo é aquele estabelecido em convenção ou acordo coletivo, como o menor valor a ser pago para o trabalhador que integra determinada categoria. Geralmente se constitui em “salário de ingresso”, diferenciado por função, não havendo a menor possibilidade do salário base recebido ser inferior ao piso normativo da categoria. Geralmente é pago no primeiro ano de trabalho. Por ocasião do segundo ano, na data base o trabalhador passa a ser beneficiado por índices de reajuste sobre o salário anteriormente recebido, de modo que quando tem mais de um ano de serviço via de regra seus salários são superiores ao piso, o que desautoriza a utilização deste critério, pois levaria a um nivelamento por baixo do adicional

11.4- Salário profissional

Salário profissional é aquele estabelecido em lei em relação a determinada profissão como, por exemplo, o estipulado nas leis 3.999/61 e 4.950-A/66 que fixam o salário dos médicos e engenheiros, de modo que se trata apenas de casos específicos, o que impede a generalização do critério.

Ademais, o salário-base não pode ser inferior a tais valores, de modo que sua utilização como base de cálculo em nada viola, ou altera o disposto nas leis especiais.

11.5- Do salário básico.

A expressão “salário básico” também não consta de texto legal previsto no parágrafo 1º do artigo 193 da CLT, que disciplina o cálculo do adicional previsto no inciso XXIII do artigo 7º da CF/88. Além disso, constitui expressão sem tradição no direito trabalhista, que peca pelo sentido indefinido, dando margem a muita controvérsia. O critério a ser utilizado, para aferir o que seria salário *básico*, pode dar margem a vários

questionamentos, pois em decorrência das condições especiais de certas categorias, o *básico* para uns, não seria *básico* para outros. Destarte, é preciso evitar um novo foco de discussão, que certamente causará tumulto processual, dificultando ainda mais a solução da controvérsia e prolongando indevidamente a duração do processo, assim colidindo com o estabelecido no inciso LXXVIII do artigo 5º que erigiu como direito fundamental a “razoável duração”, além de frustrar o escopo da súmula vinculante.

Trata-se de interpretação questionável como evidenciaram as recentes ocorrências, notadamente as reclamações ajuizadas, qual seja, 6266/08 pela CNI, 6275/08 pela Unimed Ribeirão Preto e 6277/08 pela Confederação Nacional da Saúde, em que o presidente do E. STF concedeu liminar decidindo “suspender a aplicação da Súmula 228/TST na parte em que permite a utilização do salário básico para calcular o adicional de insalubridade”, de modo que não há amparo para escolher este critério.

11.6- Do salário base.

O termo “salário base” tem sido de uso corrente pela doutrina e jurisprudência de longa data, conceito de fácil compreensão e extensão genérica, que não suscita controvérsias. Explica José Martins Catharino ¹⁷ que salário base “é a retribuição dos serviços prestados pelo empregado, por força do contrato de trabalho, sendo pago pelo empregador, que deles se utiliza para a realização dos fins colimados pela empresa.”

Neste contexto, pelas razões acima elencadas, é o único que pode ser utilizado de forma genérica e servir de parâmetro a todo o universo de trabalhadores, urbanos e rurais, independentemente das especificidades de cada categoria, por ser facilmente aferível, já que não existe trabalhador que não tenha um salário base.

Em obra clássica sobre o tema, Amauri Mascaro Nascimento ¹⁸ explica que salário-base é a “parte principal da totalidade das percepções econômicas do empregado....toda retribuição que possa ser forma única de ganho do trabalhador... vincula-se a obrigação principal... é indispensável e essencial, não podendo haver relação de emprego que não o tenha”, o que facilita a sua adoção também com respeito ao princípio da isonomia por se tratar de critério que pode ser observado para todos.

12- O cálculo do adicional

Ante a intensa celeuma provocada pela questão, duas correntes principais vem direcionando a interpretação da matéria:

¹⁷ Catharino, José Martins- Tratado Jurídico do Salário- Edição fac-similada – Editora LTR São Paulo/ Edusp- 1994- pag 21

¹⁸ Nascimento, Amauri Mascaro- Teoria Jurídica do Salário- Editora LTr Ltda- São Paulo- 1994- págs 57/58/132/236

12.1-Tudo como dantes no quartel de Abrantes ?

A primeira corrente entende que o efeito vinculante da súmula se restringe apenas à parte final do enunciado, que veda a substituição do salário-mínimo “por decisão judicial” concluindo que, por isso, mesmo após a edição da Súmula Vinculante nº 4 continuaria a ser adotado o salário-mínimo.

Será ?

Primeiramente é preciso ponderar que ante os princípios da eficiência e da utilidade dos atos processuais, e sob a perspectiva da lógica jurídica, tal conclusão se revela insustentável. Com efeito, não seria preciso uma súmula vinculante para dizer o que a Súmula 228 (em sua redação anterior) e a OJ 2 da SDI-1, ambas do TST, já fixavam como diretriz jurisprudencial dominante nesta Especializada . Se era para ficar tudo como dantes, para que súmula vinculante se já havia jurisprudência consolidada?

Ademais, esta interpretação leva à conclusão de que a atuação judicial não pode suprir a lacuna da norma, o que se revela absurdo por violar direito constitucional fundamental, referente à inafastabilidade da jurisdição, além de abrir precedente perigoso, que pode solapar a atuação do próprio Judiciário, como um dos poderes da República.

Com efeito, se nosso sistema jurídico veda a justiça pelas próprias mãos e assim deve permanecer para que seja mantido o Estado de Direito, como corolário lógico da atribuição do monopólio estatal deve preservar o princípio da inafastabilidade da jurisdição (*non liquet*) em sua integralidade, que assim foi estabelecido como direito fundamental no inciso XXXV do artigo 5º da CF/88.

Nesta mesma esteira caminham as normas infra-constitucionais. O artigo 126 do CPC prevê que o “juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”, enquanto o artigo 4º da LICC estabelece que “o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” e o artigo 8º da CLT, que rege a questão na Justiça Especializada, determina que na falta das disposições legais ou contratuais o juiz deverá decidir “conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, **principalmente do direito do trabalho**”

Todo o padrão normativo do sistema jurídico nacional legitima, portanto, a *ratio juris*, ou seja, a interpretação por *juris prudentia*, quando necessária para complementar a insuficiência do texto legal, de modo que a conclusão que aponta para a anulação da atuação judicial não encontra amparo na Carta Constitucional, nem no ordenamento jurídico nacional.

12.2- O gravame deve conter a intensidade necessária para desestimular a conduta lesiva.

A segunda corrente entende que o efeito vinculante se refere a vedação de utilização do salário-mínimo como indexador da base de cálculo do adicional de insalubridade.

Considera que o escopo da súmula vinculante, ao atuar como um *tertius genus* no controle da constitucionalidade, consistiu em interpretar as normas postas pela Lei Maior no sentido de que o gravame deve conter a intensidade necessária para desestimular a conduta lesiva.

Sob tal perspectiva, o cálculo do adicional de insalubridade sobre o salário-mínimo representa um custo muito pequeno, que por isso desestimula o empregador a adotar as providências necessárias à redução da insalubridade no local de trabalho.

Ora a Súmula vinculante não veio para confundir, mas para esclarecer.

Foi instituída com o escopo de conferir segurança jurídica num ambiente de instabilidade, apontando a solução que seria mais consonante com os princípios constitucionais que regem determinada matéria e, portanto, assim deve ser interpretada, o que vem conferir maior legitimidade ao entendimento esposado pela 2ª corrente, por conferir equilíbrio harmônico e unidade integradora ao sistema, além de aumentar seu nível de funcionalidade e eficácia.

Deste modo, preserva a sintonia que deve existir entre o marco normativo posto e a realidade fática que visa regular, atento aos desafios do momento atual. Como bem pondera Zygmunt Bauman¹⁹, a “celebração pós-moderna da diferença e da contingência não deslocou a ânsia moderna de uniformidade e certeza” que persiste, agora num ambiente de complexidade mais acentuada, o que exige a explicitação de marcos claros de normatividade a fim de dirimir o nível de incerteza, razão justificadora da instituição de súmula com efeito vinculante, de modo que sua interpretação não pode gerar efeito contrário a tal escopo.

Neste caminhar, e considerando os diferentes critérios para estipulação da base de cálculo anteriormente referidos, a utilização do salário-base se apresenta como a mais indicada, pois a integração analógica se faz por mediação legislativa, com a aplicação de um conceito que já está expressamente previsto em lei. Com efeito, é preciso considerar que em relação ao adicional de periculosidade, albergado no mesmo inciso XXIII do artigo 7º da CF/88, o parágrafo 1º do artigo 193 da CLT estabeleceu o cálculo sobre o salário-base, critério assim instituído por lei e não por decisão judicial, de sorte que o mesmo critério legal deve ser aplicado em relação ao adicional de insalubridade, o que também possibilita o correto exercício da opção prevista no parágrafo 2º do mesmo artigo, assim preservando a *ratio decidendi* que ensejou a edição da súmula com efeito vinculante.

¹⁹ Bauman Zygmunt- Modernidade e Ambivalência- Jorge Zahar Editor- Rio de Janeiro – 1999 - Tradução de Marcos Penchel- Rio de Janeiro- pag 270 e seguintes

Não há como sustentar que adicionais albergados no mesmo inciso constitucional (XXIII do artigo 7º) tenham base de cálculo diferente, notadamente quando a intensidade do gravame não ampara tal diferenciação. Com efeito, enquanto nas situações de periculosidade há um risco, no caso de insalubridade a lesão é efetiva, causada pela exposição do trabalhador a níveis superiores aos estabelecidos pelo limite legal. Enquanto na periculosidade o nível de risco nem sempre pode ser reduzido, no caso da insalubridade existe a possibilidade de redução e até mesmo de reversão. Por isso, quanto maior o custo patronal em arcar com a manutenção dos níveis de insalubridade, maior será o estímulo para sua redução a patamares mínimos.

Neste contexto, a adoção do salário como base de cálculo do adicional atua como fator inibidor da conduta lesiva e estímulo à adoção de providências que tornem mais saudável o ambiente de trabalho, o que redundará em maior efetividade na preservação da integridade física do trabalhador e de sua empregabilidade, além de reduzir sensivelmente os custos sociais e previdenciários suportados por toda a sociedade.

13- Da eficácia

Importante acrescentar que a súmula vinculante **se constitui numa diretriz de julgamento**, assim detendo critérios próprios de eficácia.

A Lei 11.417/2006 admite em seu artigo 4º que o STF, por decisão de 2/3 de seus membros considere as “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”, para restringir os efeitos da súmula ou balizar sua eficácia para outro momento. Esta “modulação” constitui ferramenta importante para evitar o ajuizamento de uma enxurrada de ações, após a edição de súmula vinculante que escolheu um dos caminhos até então controvertidos, assim contribuindo para implementar a segurança jurídica.

Tal possibilidade se justifica porque há questões cuja complexidade impede a solução de inopino, sem considerar os efeitos que provoca na realidade da vida. Deste modo, se o escopo é proporcionar segurança, tal deve ser garantido em sua integralidade, com os balizamentos devidos para que a aplicação da súmula se revista da necessária eficácia. Entretanto, esta estipulação tem que ser votada pelo Colegiado e assim constar expressamente do enunciado.

Ora, **não consta da Súmula Vinculante nº4 nenhuma decisão dispondo sua eficácia diferida**, inexistindo amparo constitucional para sustentar que tal teria ocorrido de forma tácita, quando a norma exige não só disposição expressa mas, também, quorum qualificado para tanto.

Além disso, critérios de eficácia e atribuição de efeito vinculante às especificidades que marcaram o julgamento do último recurso extraordinário, em que o tema foi questionado, são questões distintas que não podem ser confundidas, sob pena de provocar efeitos danosos.

Entre os questionamentos mais relevantes está o que se propõe a seguinte indagação: o efeito vinculante da Súmula 4 poderia extrapolar seu enunciado e abranger também os fundamentos determinantes de um único julgado?

Penso que não.

Insustentável a posição dos que trazem à colação excertos de doutrina extraída do direito constitucional alemão, para concluir que o efeito vinculante abrangeria também os “fundamentos determinantes” do último recurso extraordinário julgado em que a matéria foi debatida.

Não há em nosso ordenamento jurídico nenhum dispositivo que legitime a atribuição de efeito vinculante a uma decisão proferida num recurso extraordinário !!!

A doutrina alemã se refere aos **casos clássicos de controle concentrado** da constitucionalidade, em que há **uma ação com rito próprio e específico**, que visa expungir do ordenamento lei ou ato normativo federal/estadual que contrarie a Constituição.

Diversamente ocorre com as súmulas vinculantes, que constituem **baliza de julgamento** e também podem ser decretadas pelo STF **de ofício**, independentemente de qualquer provocação, dotadas de conteúdo “pedagógico- institucional”, destinadas a orientar as instâncias ordinárias e a administração pública em geral, como explicita Hely Lopes Meirelles²⁰.

Não se pode confundir institutos diferentes, que detém natureza jurídica distinta. A súmula vinculante não está atrelada a uma ação específica e se constitui numa **diretriz jurisprudencial** formatada em face de uma determinada tese jurídica, **examinada em vários e diferentes processos**, de modo que **o efeito vinculante se restringe a essa tese jurídica determinada e não às peculiaridades que distinguem os diferentes processos e que não constaram do enunciado da súmula**.

Ademais, para que se revista de legitimidade a edição de uma súmula vinculante prevê o atendimento de determinados requisitos. Neste sentido, o artigo 103 A da CF/88 exige a decisão de 2/3 de seus membros, após “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, de modo que a *ratio decidendi* não pode ser extraída de apenas um caso julgado, nem que seja o último. Com efeito, as especificidades inerentes a cada processo, explicitadas nas respectivas fundamentações, não podem ser assim consideradas para efeito de súmula vinculante, pois como evidencia o próprio nome trata-se de uma “súmula”, ou seja, de uma condensação do ponto que é convergente em todos os julgamentos que lhe deram suporte, que no caso consistiu no reconhecimento da inconstitucionalidade da utilização do salário-mínimo como critério de cálculo.

²⁰ Meirelles, Hely Lopes- Mandado de Segurança- 30ª edição- Malheiros Editores- São Paulo- 1990- pág. 655

Como ensina Eduardo Arruda Alvim ²¹ *súmula* é vocábulo que vem do latim *summula* e tem o significado de sumário, resumo. Consiste num enunciado que se extrai de decisões jurisprudenciais reiteradas, não se atendo aos restritos limites de cada caso concreto a fim de ostentar a generalidade necessária para atuar como balizador de julgamento. Insustentável, portanto, atrelar sua fundamentação a especificidade de cada caso, sob pena de reduzi-la a uma colcha de retalhos confusa e ininteligível, assim invalidando sua utilização, cujo escopo está direcionado para garantir maior certeza normativa e, por conseqüência, aumentar os níveis de segurança jurídica, bem da vida tão buscado em nossa contemporaneidade, para que o Direito atinja sua finalidade de proporcionar estabilidade social nas situações de conflito.

Por isso, todas as demais peculiaridades dos anteriores recursos extraordinários em que a questão do adicional de insalubridade foi discutida pelo STF, inclusive as referentes ao último (RE 565714), no que concerne aos oficiais da reserva e reformados da polícia militar e a aplicação de lei estadual específica, não constituem parte integrante da súmula, atuando apenas como *obiter dictum*, ou seja, questão periférica, que não pode ser considerada no balizamento do efeito vinculante, cuja *ratio decidendi* consiste na assertiva de que “o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado”, assim dispondo por considerar que se trata de proceder a “interpretação conforme a Constituição” no que se refere a base de cálculo do adicional de insalubridade.

Deste modo, se afigura insustentável o raciocínio que pretende atribuir às razões de decidir exaradas apenas ao último recurso extraordinário o balizamento do efeito vinculante, pela simples e boa razão de que por sua própria natureza a súmula vinculante não pode ser pautada por um único caso. Assim, **os fundamentos determinantes de uma súmula vinculante devem ser aferidos pelo denominador comum dos vários julgados que vieram embasar o núcleo** da diretriz firmada, qual seja, o de que **o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo, nem ser substituído por decisão judicial**.

14- Da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

Seria cabível a aplicação da “declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade” no que se refere à interpretação do enunciado da súmula vinculante nº 4 ?

²¹ Arruda Alvim, Eduardo- Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da lei 11.417/2006- in Revista Forense- volume 394- ano 103- nov/dez 2007- págs 45 a 70

Discorrendo doutrinariamente sobre a matéria Gilmar Mendes, hoje Presidente do STF, explica²² que esta modalidade de decisão foi adotada pelo legislador em 1970 -Lei Bundesverfassungsgericht, parágrafo 31 (2) 2º e 3º períodos e parágrafo 79 (1). Menciona que há casos em que a inconstitucionalidade “não pode ser superada, em princípio, mediante decisão de índole cassatória, pois esta ou não atingiria os benefícios pretendidos ou acabaria por suprimir algo mais do que a ofensa constitucional que se pretende eliminar”. Assim, embora “exista uma lei que poderia ser declarada nula, abstém-se o Tribunal de proferir a nulidade sob a alegação de que a ofensa constitucional decorre não da regulação, mas de sua incompletude, seja porque o legislador foi omissor em proceder à complementação do complexo normativo, seja porque não contemplou determinado grupo na regra impugnada”

Refere-se “às chamadas lacunas jurídicas ameaçadoras ... que poderiam, em caso de uma pronúncia de nulidade, ter sérias consequências, ensejando mesmo eventual *caos jurídico*. Esses casos têm o seu ponto comum na chamada inxequibilidade da decisão cassatória,” de modo que a declaração da “nulidade levaria a uma minimização, ao invés de ensejar a busca da otimização” na concretização da vontade constitucional. A lacuna resultante da declaração de nulidade poderia fazer surgir uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional, resultando num “vácuo jurídico intolerável para a ordem constitucional. Deste modo, é possível a aplicação “provisória da lei declarada inconstitucional se razões de índole constitucional, em particular, motivos de segurança jurídica, tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional, a fim de que não surja, nesta fase intermediária, situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente”, o que só pode ser justificado quando se trata de fazer valer a completude da Constituição.(g.n.)

Fora disso, encontra óbice considerável na própria doutrina e jurisprudência alemãs, pois é “difícil encontrar fundamento constitucional que empreste sustentáculo às opiniões que defendem a aplicação da norma inconstitucional”, notadamente porque “qualquer ato praticado com base na norma inconstitucional é ilegítimo”. Ademais, como se poderia juridicamente sustentar que a decretação de nulidade de uma norma constitucional ficaria suspensa até o atendimento de certas providências protraídas no tempo ?

Trata-se, portanto, de situação especialíssima, não configurada no caso da súmula vinculante nº 4, que aponta exatamente para o sentido contrário.

Com efeito, a vedação da aplicação do salário-mínimo como base de cálculo é que está em consonância com vontade constitucional expressa nos incisos IV e XXII e XXIII do artigo 7º, sendo que o afastamento deste critério, tido por inconstitucional, é que contribui para otimizar as condutas assecuratórias da integridade física e higidez no local de trabalho, além de reduzir os custos com benefícios previdenciários e atendimentos hospitalares suportados por toda a sociedade.

²² Mendes, Gilmar Ferreira – Declaração de Inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã- - Revista Trimestral de Direito Público nº 9/95- Malheiros Editores Ltda- São Paulo- págs 61 a 77.

Destarte, razões de ordem constitucional que resguardam a segurança jurídica como valor, apontam justamente para o caminho inverso, ou seja, para a necessidade de imediato reconhecimento da nulidade da norma declarada inconstitucional. Neste contexto, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, cabível em alguns casos de controle concentrado como ocorre na ADI, ADC e ADPF se revela incompatível com o instituto da súmula vinculante nº 4, que não se constitui num tipo de controle concentrado ou difuso da constitucionalidade, surgindo como um *tertius genus*.

Necessário pontuar que no modelo político alemão o parlamento tem uma situação de ascendência sobre o judiciário. Assim, o reconhecimento da inconstitucionalidade sem declaração de nulidade se baseia no conceito de “liberdade de conformação do legislador”, sendo que muitos doutrinadores também justificam a adoção desta providência sob o argumento de que ante a ausência de ato normativo, não se pode declarar a “nulidade da lacuna”, de modo que a adoção de tal diretriz seria aceitável se da declaração de inconstitucionalidade pudesse resultar vácuo jurídico intolerável para a ordem constitucional. Entretanto, isso não ocorre no caso da súmula vinculante nº 4, pois o sistema jurídico nacional é dotado de regras próprias, notadamente quanto ao *non liquet* e o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o que exclui a possibilidade de adoção de modelo alienígena, destinado a regular situação jurídica diversa.

Como esclarece Mendes a “renúncia à declaração de nulidade somente poderia ser entendida dogmaticamente como uma opção para que o legislador encontre diretamente a solução para o caso, uma vez que a tarefa de concretização da vontade constitucional foi, em primeira linha, confiada a ele”. Entretanto, trata-se de solução adotada em decisão que aprecia a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma determinada norma mediante o manejo do controle concentrado, o que é bem diferente do escopo de uma súmula vinculante

Ao discorrer sobre esta questão em outro artigo de sua autoria, o Ministro Gilmar Mendes explica que ²³ esta doutrina tem destinação específica quando o Tribunal atua mais como Corte Constitucional, em questões que envolvem “o binômio direito e política”, exigindo a adoção de técnicas específicas de decisão, à “aplicação de um sistema de controle jurídico do poder político”, o que evidentemente não ocorre no caso da base de cálculo do adicional de insalubridade.

Trata-se, portanto, de técnica cujo manejo é indicado para matérias que envolvem questões políticas pois, como explica em obra anteriormente citada²⁴, quanto mais política for “determinada questão submetida a jurisdição constitucional, mais

²³ Mendes, Gilmar Ferreira- O apelo ao legislador- appellentscheidung- na praxis da Corte Constitucional Federal Alemã- in Revista do Ministério Público do Trabalho- Brasília- nº 3- 1º semestre- março de 1992- págs 69 a 96

²⁴ Declaração de Inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade- op.cit.- pags 61 e 63

pareceria inadequado a adoção do processo judicial ordinário. Quanto menos se falar de processo, de ação, de condenação e de cassação dos atos estatais- ressaltava Triepel- mais fácil será a resolução, na via judicial, das questões políticas, que, ao mesmo tempo, são questões jurídicas.” Destaca que “já no início deste século existia alguma preocupação com o perigo da adoção pura e simples, pela jurisdição constitucional, das formas de decisão consagrada pela jurisdição extraordinária”. Daí, porque, ao lado da declaração de nulidade, o Tribunal alemão desenvolveu “outra variante de decisão, a declaração de incompatibilidade ou declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade”.

Entretanto, enfatiza o risco de adoção desta *praxis* pela insegurança jurídica que provoca, pois a lei não explicita “quando o Tribunal deverá abster-se de decretar a nulidade,” o que poderá redundar em discricionariedade.

Tal situação jurídica é completamente diferente da que é enfrentada no caso da Súmula vinculante nº 4. Deste modo, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade é instituto alienígena incompatível com aplicação no presente caso. O argumento de que, embora declarado inconstitucional, o salário-mínimo continuaria a ser utilizado como indexador até que uma lei venha dispor de outra forma também não se revela sustentável, pois viria neutralizar a razão de ser da própria súmula. Com efeito, não seria preciso a edição de uma súmula vinculante para estabelecer que tal critério, fixado no artigo 192 da CLT, deveria ser mantido até a promulgação de uma nova lei que viesse fixar outra base de cálculo, pela simples e boa razão de que o efeito revogatório se opera *ex legis*, já que a “lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (artigo 2º, parágrafo 1º da LICCivil)

Assim, se afigura evidente que o escopo da Súmula Vinculante não foi “chover no molhado” como defende esse raciocínio, tendo sido instituída com propósito bem diverso e específico, qual seja conferir eficácia rápida e preventiva ao controle da constitucionalidade, desestimulando o ingresso em juízo para postular direito contrário a sua diretriz, além de evitar a interposição de inúmeros recursos, assim propiciando a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, como prevê o inciso LXXVIII do artigo 7º da Lei Maior, a fim de preservar a eficácia integradora e a supremacia da Constituição

15- A Súmula vinculante como *tertius genus* no controle da constitucionalidade

A edição de uma súmula vinculante independe da propositura de uma ação pelos entes legitimados como ocorre no controle concentrado, ou da suscitação da matéria como questão incidental num conflito que já está posto como no caso do controle difuso. Tem efeitos mais imediatos e uma forte conotação preventiva, pois atua como sinalizador de diretriz para os demais casos, impedindo o ajuizamento de ações cujo resultado já se conhece, ou a desnecessária interposição de recursos inúteis, que indevidamente

procrastinam o andamento processual e assoberbam o judiciário, criando obstáculos à razoável duração do feito exigida pelo inciso LXXVIII do artigo 5º da CF/88.

Tal consequência se revela importante, pois o controle da constitucionalidade detém íntima relação com a defesa do Estado Constitucional Democrático, encurtando os caminhos na implementação da efetividade da norma, além de fazer valer o princípio da unidade da Constituição.

A questão que envolve a hermenêutica da súmula vinculante leva, portanto, a uma releitura do positivismo, pois provoca fissura na sua coragem dogmática. Por outro lado não se trata de dar uma guinada de 360 graus e proceder a uma análise pós-positivista, fora do sistema normativo posto. Pelo contrário, a peculiaridade da matéria que ora se examina é que a mudança se processa no coração do próprio sistema, notadamente ao trazer para a perspectiva constitucional questão que, aparentemente, se refere apenas a um adicional trabalhista. Supera, portanto, o antigo viés reducionista e segmentado, que fatiava as diferentes áreas jurídicas em compartimentos estanques, que gravitavam como círculos separados e independentes entre si.

Cria fissuras em uns e outros, abre portas e passa a atravessar esses círculos alinhavando-os um a um através de um fio condutor, que vai possibilitar o inter relacionamento de todos entre si. Neste sentido, demonstra que não se trata apenas de um “singelo adicional trabalhista”, mas de enxergar que a questão extrapola vínculos contratuais e se insere num âmbito muito mais abrangente, envolvendo a preservação da saúde, do meio ambiente de trabalho, dos custos das políticas públicas, da violência doméstica, da desagregação familiar, da perda da empregabilidade, ou seja, perda do potencial humano de trabalhar e estar inserido na sociedade como sujeito capaz. Há toda uma teia de interesses e direitos que gravitam em torno da questão, de modo que ao torná-la objeto de uma Súmula vinculante o STF traz todo este enfoque que lhe é subjacente.

Neste contexto, como tem evidenciado os debates sobre a matéria, o manejo de súmula vinculante provoca inequívoca tensão entre o político e o jurídico, em relação aos quais não é possível traçar uma linha demarcatória clara pois, como bem destaca Jorge Miranda²⁵, a “Constituição é tanto Constituição política como Constituição social, não se cinge a ordenação da vida estatal (em sentido estrito)... E, como se reconhece à vista desarmada, as constituições atuais contemplam larguíssimos aspectos e áreas de dinâmica econômica, social e cultural em interação com o Estado”.

Precisamente por isso, é preciso deixar bem claro quais são os valores que devem ser preservados com prioridade. No presente caso, ao interpretar os incisos IV e XXII do artigo 7º da CF/88, a súmula vinculante nº 4 pretendeu ressaltar que um ambiente de trabalho saudável é requisito indispensável para garantir a preservação da saúde e da integridade física do homem que trabalha, não como valor individual, mas como benefício da sociedade como um todo, no sentido de preservar a empregabilidade e a

²⁵ Miranda, Jorge- Manual de Direito Constitucional- Coimbra Editora Ltda- Coimbra- Portugal-tomo I- 4ª Edição – 1990 - pag 15

higidez, com a conseqüente redução dos gastos com políticas de saúde pública e previdência.

Como *tertius genus* no controle da constitucionalidade, a súmula vinculante se constitui numa ponte, construindo caminhos de aproximação entre o controle concentrado e o difuso, com o escopo de focar na prevenção e redução da conflitualidade, assim conferindo **maior grau de segurança jurídica**, objetivo que não pode ser frustrado, sob pena de implodir sua própria razão de ser.

16-Uma nova hermenêutica

Ao surgir como um *tertius genus* no controle da constitucionalidade, a súmula vinculante torna necessária a construção de uma nova hermenêutica.

Trazendo à colação o pensamento de Gadamer²⁶, é necessário ressaltar que “quando o juiz intenta adequar a lei às necessidades atuais- precisamente para preservar sua força normativa- o que ele tem em vista, obviamente, é resolver um problema ou desempenhar uma tarefa prática: por isso é que, olhos postos no presente, ele procurará reconhecer o significado *jurídico* da lei, que só pode ser o seu significado atual, e não o significado histórico, aquele que lhe foi atribuído ao tempo da promulgação” pois, conforme já observava Carlos Cossio²⁷ “toda valoração jurídica, enquanto fato é necessariamente um fato do presente, porque um sentido só pode existir no presente”

A constitucionalização dos direitos trabalhistas implica no reconhecimento não só da supremacia material, mas também axiológica da Constituição, assim norteando a edificação desta nova hermenêutica, trazendo a análise para uma perspectiva mais abrangente.

Trata-se, portanto, de preservar a atuação estabilizadora do direito na garantia da segurança, construindo novos padrões de normatividade. Como acertadamente pontua Bonavides, um “constitucionalismo de resistência”, em que o poder não é mais limitado por outro poder, mas também por um direito fundamental. Neste contexto, assevera com percuciência Herbert Hart²⁸ que a “característica geral mais proeminente do direito, em todos os tempos e lugares, consiste em que a sua existência significa que certas espécies de conduta humana já não são facultativas, mas obrigatórias *em certo sentido*”

As Constituições promulgadas na segunda metade do século XX tornaram-se o eixo, em torno do qual gravitam diferentes sistemas jurídicos. Neste universo, a súmula vinculante se apresenta como um instrumento de diálogo entre esses diferentes

²⁶ Gadamer, Hans- Georg- Verdade e Método – 7ª Edição – Tradução de Flávio Paulo Meurer – Editora Vozes, Petrópolis – 2005.

²⁷ Cossio, Carlos- El substrato filosófico de los métodos interpretativos- Revista Universidad- nº 6- págs 103 e 107 , 1940- Universidad Nacional Del Litoral - Santa Fé- Argentina

²⁸ Hart, Herbert L. A- O conceito de Direito- Fundação Calouste Gulbenkian – Lisboa- Portugal- 3ª edição- pág 10 - 2001.

microsistemas, atuando na intersecção do direito trabalhista, administrativo, constitucional e previdenciário, assim otimizando a função promocional do Direito como bem ressalta Norberto Bobbio. Destarte, não há “uma Constituição dos direitos fundamentais independente da Constituição do poder, o Estado de Direito impõem precisamente uma determinada conformação recíproca” conforme ensina Jorge Miranda²⁹

Explica Alexy³⁰ que a “irradiação das normas de direitos fundamentais a todos os ramos do direito” limita os conteúdos do direito ordinário, excluindo os que forem “constitucionalmente impossíveis e exigem alguns conteúdos como constitucionalmente necessários”, de modo que o sistema jurídico passa a ser “substancialmente” determinado pela Constituição.

Neste sentido também caminha o pensamento de Canotilho³¹, ao ressaltar que existe uma “teoria republicana dos direitos fundamentais, que não pode deixar de tomar como ponto de partida o caráter consciente e racional”, chamando atenção para o ascendente movimento de “constitucionalização da ordem jurídica privada”.

Importante ressaltar que o princípio da eficiência, fixado no artigo 37 da CF/88, foi estabelecido em relação a “todos os poderes”, de modo que também é aplicável ao Judiciário. Assim sendo, a hermenêutica não pode ficar restrita a uma conotação teórica estando concretamente atrelada à utilidade e efetividade da jurisdição.

Trata-se de uma nova ordem

Ao analisar as diferentes perspectivas da interpretação jurídica, e as armadilhas que se escondem em suas entrelinhas, Radbruch³² esclarece que a “interpretação jurídica não é pura e simplesmente um *pensar de novo* aquilo que já começou a ser pensado, mas, pelo contrário, um *saber pensar até o fim* aquilo que já começou a ser pensado por um outro”. Assim, “não uma estéril e circular repetição do que já foi dito, mas um dialético *levar adiante- preservado, transformado* e, por esta forma, *enriquecido*” .

Portanto, ponderam os constitucionalistas Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio M. Coelho e Paulo Gustavo Gonet³³ incumbe “essencialmente aos intérpretes-aplicadores- e não aos legisladores- encontrar as *primeiras* respostas para os novos problemas sociais, uma tarefa da qual só poderão desincumbir-se a tempo e modo se forem capazes de olhar para o futuro e trilhar caminhos ainda não demarcados; se tiverem a coragem de enfrentar a opinião dominante, em vez de se resignarem a seguir a jurisprudência estabelecida; se, finalmente, se dispuserem a assumir o ônus redobrado de combater as idéias cristalizadas, até porque, via de regra, longe de traduzirem verdadeiros

²⁹ Miranda, Jorge- A constituição da educação e as propinas no ensino superior in Estudos em memória do Prof. Doutor João de Castro Mendes- Lisboa, 1995- pág 480

³⁰ Alexy, Robert- Teoria dos direitos fundamentais- tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã-- Malheiros Editores- São Paulo, 2008 - pag. 543 e seguintes

³¹ Canotilho- José Joaquim Gomes- Estudos sobre direitos fundamentais- Coimbra Editora- Ltda- Coimbra- Portugal- 2004- págs 9, 85 e seguintes.

³² Radbruch- Filosofia do Direito- Coimbra Editora – 1961- vol 1- pág. 66 e 274

³³ Curso de Direito Constitucional- Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco- 2ª edição- Editora Saraiva- São Paulo- 2008- pág 66

consensos, essas falsas unanimidades não passam de preconceitos coletivos, frutos dos argumentos de autoridade, que sabidamente esterilizam o pensamento e impedem os vãos mais arrojados”

Apesar de compreensível, a rejeição à inovação só se justifica quando há motivos para isso. É claro que uma inovação importante, como a edição de súmulas vinculantes, pode ser mal direcionada. Entretanto, é preciso reconhecer que ela representa uma importante tentativa de solução para questões significativas, no que se refere a busca de estabilidade e segurança jurídica.

Não se pode olvidar que o direito é um balizador de conduta, e como tal deve atuar como bússola, sinalizando qual o comportamento exigido para possibilitar a vida em sociedade. Quanto mais claros os parâmetros sinalizadores, mais eficazes os efeitos preventivos e a estabilidade social.

O rigor científico, na identificação das peculiaridades de institutos jurídicos diferentes, não existe como um fim em si mesmo. Visa evitar a confusão de alhos com bugalhos que, ao invés de aprimorar, cria obstáculos à prestação jurisdicional, tornando-a obscura e pouco compreensível, como está acontecendo com a questão que ora se examina, o que está deixando a comunidade jurídica perplexa. O escopo da ciência jurídica é evitar que se ande em círculos, apontando caminhos de solução concreta, que devem ser aplicados para otimizar a efetividade da jurisdição e fazer valer o princípio da eficiência. Para tanto, é preciso que se deixem fluir as mudanças adequadas para implementar a operacionalidade da jurisdição, necessárias para garantir o Estado Constitucional de Direito, como bem ressalta Luigi Ferrajoli³⁴.

17- O risco do retrocesso.

A necessidade de enfrentar uma nova realidade exige a implementação de novas ferramentas hermenêuticas a fim de se preservar a supremacia da Constituição. Num ambiente de ambivalência, em que navega a contemporaneidade, explica Barroso³⁵ que “a Constituição institui um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação”.

Neste contexto, ao estabelecer a possibilidade de edição de Súmula Vinculante “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, o artigo 103 A da Constituição Federal de 1988 pretendeu valorar qualitativamente a decisão que se repete nestes julgamentos, e não as especificidades próprias de cada um, que são obviamente diferentes. Deste modo, não há amparo constitucional para atrelar a interpretação da

³⁴ Ferrajoli, Luigi- *Pasado y futuro del Estado de Derecho in Neoconstitucionalismo (s)- edición de Miguel Carbonell- Editorial Trotta S.A. – 2003- Madrid*

³⁵ Barroso, Luis Roberto- *Fundamentos Teóricos e filosóficos do Novo Direito constitucional Brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) in A nova interpretação constitucional- ponderação, direitos fundamentais e relações privadas- Editora Renovar Rio de Janeiro, 2006- 2ª edição- págs 1 a 48*

Súmula Vinculante nº 4 às especificidades do último julgamento, quanto a matéria peculiar ali retratada no que se refere a remuneração de servidores estatais, pois o enunciado da súmula em nenhum momento evidenciou tratar desta questão específica, o que desautoriza tal conclusão, porque o que vincula é a decisão reiterada que acaba constituindo uma tese jurídica, e não os questionamentos peculiares que envolvem cada caso concreto, sob pena da súmula vinculante ser totalmente desfigurada e perder sua razão de ser.

Com efeito, qual o amparo legal e constitucional para concluir que uma súmula, que por natureza se extrai de vários julgados, seja interpretada apenas pelas especificidades do último recurso extraordinário em que a matéria foi apreciada?

Como sustentar que uma situação peculiar de servidores estaduais, cuja organização salarial é atípica, seja utilizada como critério genérico e balizador dos demais trabalhadores, que tem regime salarial totalmente distinto?

Como conferir efeito vinculante ao que não consta do enunciado da Súmula ?

Como conferir interpretação que acirra o conflito e multiplica as situações de confronto, se a súmula vinculante foi instituída exatamente com escopo contrário, ou seja, de pacificação social apontando uma diretriz segura para a solução dos julgados ?

Ora, se a súmula nº 4 diz claramente que o “salário-mínimo não pode ser utilizado como indexador” como concluir teratologicamente o contrário, ou seja, de que o salário-mínimo continua a ser utilizado como indexador?

Embora compreensível a força do conservadorismo tradicional na interpretação dos novos conceitos, é absolutamente indispensável que o direito abra suas janelas para deixar entrar o oxigênio da vida real que pulsa lá fora.

Manter as cortinas fechadas só contribuirá para o apequenamento e descrédito da atividade judicial, cujo compromisso é com a vida real de homens e mulheres de carne e osso, não com teorias e arquétipos estéreis, que neutralizam os princípios constitucionais, implodindo a unidade e harmonia do sistema.

Não há ciência jurídica se não for pautada por uma ética de responsabilidade pelos efeitos que determinadas interpretações provocam no dia a dia das pessoas que estão envolvidas nos conflitos. Não se decide para defender uma idéia, mas para apresentar soluções para um problema real de um ser humano concreto. A teorização só se justifica quando tiver compromisso com a solução e não apenas com o diletantismo discursivo, pois quem detém o monopólio da jurisdição não pode se dar ao luxo de ficar enredado numa discussão que gira em círculos.

É preciso estancar, portanto, esse movimento de retorno à perspectiva exclusivamente patrimonialista, que vem ocorrendo num ritmo preocupante, implodindo “os mais rudimentares fundamentos do Direito”, que devem estar comprometidos com a dignidade do trabalhador e preservação de sua saúde, mas que subrepticamente procuram enveredar pelo caminho contrário, desconstruindo a civilização como “constituição de um

esquema praxeológico a que se dá o nome de *ethos*”, como explica Osvaldo Giacóia Junior³⁶. Lamentando que a “humanização dos bárbaros primitivos acabou por resultar no surgimento de *novos bárbaros*, fazendo o *jogo começar de novo*”, o que poderá levar ao retorno às *relações de domínio*, com a vitória “da enfermidade e da escravidão”, que se manifesta ao “privar o trabalhador do sentido de seu trabalho, ao transformá-lo em peça na engrenagem da produção e do consumo; ao promover a administração econômica global da terra e transformar o indivíduo em *espécime* de uma coletividade degradada, que tem as características de um rebanho uniforme- *de facto* preserva uma modalidade de escravidão que ela mesma, genericamente proscreve de Direito, de acordo com um cândido credo humanitário, inconsciente de sua má-fé”

Neste contexto, é preciso impedir a disseminação das situações contemporâneas de barbárie, em que um ser humano, para poder garantir o seu sustento, se vê obrigado a trabalhar em condições de insalubridade, que insidiosamente minam sua saúde.

O desafio consiste, portanto, em permitir que o homem volte a “tomar posse de si mesmo”, atuando o Direito como muro de resistência para evitar a instalação de uma insidiosa “barbárie civilizada”, que acabará para anular o seu significado.

18-Conclusão

Na contemporaneidade não há mais espaço para sustentar um discurso excludente entre progresso econômico e padrão normativo constitucional. A preservação dos direitos fundamentais, mesmo nas relações entre particulares, supera a perspectiva meramente patrimonialista/contratual e se revela imprescindível para possibilitar o desenvolvimento sustentado da nação brasileira. Por referir-se à garantia de melhoria nas condições de saúde e segurança no local de trabalho, a questão do adicional de insalubridade extrapola os estreitos limites da contratualidade privada e deve ser analisada sob uma perspectiva mais abrangente.

Neste contexto, a validade da súmula vinculante nº 4 depende do preenchimento dos critérios estabelecidos pelo artigo 103 A da CF/88. Diferentemente do que ocorre nos casos de controle difuso e concentrado, não está atrelada a um processo específico e determinado, constituindo-se num *tertius genus* no controle da constitucionalidade, cuja legitimidade está pautada pela observância de reiterados julgados e quorum qualificado, de modo que seu efeito vinculante está restrito ao que consta de seu enunciado, existindo impossibilidade lógica de estendê-lo às diferentes fundamentações dos diversos julgados, ou de atrelá-lo ao último.

³⁶ Giacóia Junior, Osvaldo- Antigos e novos bárbaros- *in* Nietzsche e Deleuze- Bárbaros, civilizados- - organização- Daniel Lins e Peter Pál Pelbart- Editora Annablume- São Paulo- 2004- págs 189 a 203

O enunciado da supra referida súmula estabelece expressamente que “o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado”, nestes termos interpretando o disposto no inciso IV do artigo 7º da Lei Maior e assim fixando os parâmetros de seu comando vinculante.

A referência final, quanto a impossibilidade de “ser substituído por decisão judicial”, veda a criação autônoma de novo indexador, como ocorria anteriormente com o critério estabelecido na Súmula 17, mas não impede a aplicação da analogia legal, de sorte que insustentável a interpretação que colide com a viga mestra de nosso sistema jurídico, assentado sobre a inafastabilidade da jurisdição e o *non liquet*, em que o juiz não pode eximir-se de sentenciar devendo, para tanto, valer-se das demais normas legais, principalmente de direito do trabalho.

Ao vedar a utilização do salário-mínimo e considerar o salário recebido como base de cálculo, tornando mais gravosa a prestação laboral em ambiente insalubre, a hermenêutica se escora no eixo constitucional.

Ao surgir como um *tertius genus* no controle da constitucionalidade, a súmula vinculante nº 4 implementa novas vias de acesso aos marcos constitucionais, que não se restringem à perspectiva dogmática de um positivismo estático, nem autorizam o extremo oposto de uma leitura pós-positivista, porque nascem num movimento endógeno e não exógeno, em que as forças que levam a esta auto-correção são geradas no coração do sistema positivado e não fora dele, a fim de manter a integridade do ordenamento. Trata-se de aplicar a analogia legal posta pelo próprio sistema, com a utilização do mesmo critério fixado em texto expresso de lei (artigo 193, parágrafo 1º da CLT), editada para disciplinar adicional de periculosidade, instituído no mesmo inciso da Lei Maior (XXIII do artigo 7º da CF/88), assim preservando a *ratio decidendi* e o princípio da eficácia integradora da norma constitucional, notadamente a que erigiu a exigência de redução dos riscos inerentes ao trabalho como direito fundamental do trabalhador.

Num momento de risco ao retrocesso, como estamos vivendo, é necessário não só oferecer respostas, mas também nos livrarmos das falsas perguntas que tanto tem dificultado a busca de solução, pautando a análise da questão pela perspectiva da utilidade e eficácia, de uma jurisdição comprometida com as diretrizes traçadas pela Lei Maior.

Neste ano, em que se comemoram os 20 anos da Constituição Federal, a filtragem constitucional dos direitos trabalhistas se revela imprescindível para que a Carta, promulgada na primavera de 1988, apesar de cortada e recortada por mais de 60 emendas, possa voltar sempre inteira, como a coluna vertebral de um sistema normativo, que tem o escopo de implementar a maturidade institucional fundada no trabalho como valor axial.

19- Bibliografia

- 1- Holmes, Stephen and Sunstein, Cass R. – The cost of rights – Why liberty depends on taxes - W.W. Norton & Company, Inc. New York- EUA - 1999

- 2- Soares Gonçalves, Carlos Eduardo- Produtividade e instituições no Brasil e no mundo: ensinamentos teóricos e empíricos- *in* Brasil- Globalizado- o Brasil em um mundo surpreendente- organizadores- Fábio Giambiagi, Octávio de Barros Elsevier Editora Ltda Rio de Janeiro- 2008
- 3-Bauman, Zygmunt- Modernidade e Ambivalência- Jorge Zahar Editor- Rio de Janeiro- 1999- tradução de Marcos Penchel
- 4-Ferreira Mendes, Gilmar, Mártires coelho, Inocência, Gonet Branco, Paulo Gustavo- Curso de Direito Constitucional- Editora Saraiva- 2008
- 5-Canotilho- J.J. Gomes- Direito Constitucional e Teoria da Constituição- 5ª edição Almedina - Coimbra- Portugal -2002
-
- 6-Cléve, Clémerson Mérlin- O controle da constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais *in* *Jurisdição constitucional e Direitos fundamentais*- José Adercio Leite Sampaio- coordenador- Editora Del Rey- Belo Horizonte- 2003
- 7-Carlesso, Luciano Arlindo- Direito Humano a um meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado- um direito de todos os seres humanos trabalhadores- Revista LTR -fevereiro de 2008-
- 8- Jornal O Estado de São Paulo- 29 de setembro de 2008- pág A20 e 23 de julho de 2008- pág B2 e 29 de setembro de 2008- pág A 20
- 9-Fachin, Luiz Edson- Aspectos da racionalidade histórico-cultural do arquétipo inserido no Código Civil Brasileiro de 2002 *in* Novo Código Civil- cinco anos de vigência- Revista do Advogado - AASP- ano XXVIII- julho de 2008- nº 98
- 10- Meirelles- Hely Lopes- Mandado de Segurança- Malheiros Editores- 30ª edição- 1990
- 11-Monnerat- Fábio Victor da Fonte – Reclamação. STF. Legitimação ativa. Atingidos por ADIN- *in* Revista de processo nº 142- ano 31- dezembro de 2006- publicação oficial do IBDP- Instituto Brasileiro de Direito Processual.
- 12- Bauman Zygmunt- Modernidade e Ambivalência- Jorge Zahar Editor- Tradução Marcos Penchel- Rio de Janeiro- 1999
- 13- Giacóia Junior, Oswaldo- Antigos e novos bárbaros- *in* Nietzsche e Deleuze- Bárbaros, civilizados - organização Daniel Lins e Peter Pál Pelbart- Editora Annablume- São Paulo- 2004-
- 14- Mendes, Gilmar Ferreira – Declaração de Inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade da lei na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã- - Revista Trimestral de Direito Público nº 9/95- Malheiros Editores Ltda- São Paulo-

- 15-Mendes, Gilmar Ferreira- O apelo ao legislador- appellentscheidung- na praxis da Corte Constitucional Federal Alemã- in Revista do Ministério Público do Trabalho- Brasília- nº 3- 1º semestre- março de 1992-
- 16 - Ferrajoli, Luigi- Pasado y futuro del Estado de Derecho in Neoconstitucionalismo (s)- edición de Miguel Carbonell- Editorial Trotta S.A. – 2003- Madrid
- 17-Catharino, José Martins- Tratado Jurídico do Salário- Edição fac-similada – Editora LTR São Paulo/ Edusp- 1994-
- 18- Nascimento, Amauri Mascaro- Teoria Jurídica do Salário- Editora LTr Ltda- São Paulo- 1994-
- 19- Meirelles, Hely Lopes- Mandado de Segurança- 30ª edição- Malheiros Editores- São Paulo- 1990-
- 20-Arruda Alvim, Eduardo- Do cabimento de reclamação pelo descumprimento de súmula vinculante à luz da lei 11.417/2006- in Revista Forense- volume 394- ano 103- nov/dez 2007-
- 21-Afonso da Silva, Virgílio- A constitucionalização do Direito- os direitos fundamentais nas relações entre particulares- Malheiros Editores- 2008- 1º edição- 2ª tiragem
- 22- Novais, Jorge Reis- Contributo para uma teoria do Estado de Direito-Almedina, Coimbra- Portugal-2006-
- 23- Sarmiento, Daniel- A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria- págs 254 e 308 -in Jurisdição constitucional e direitos fundamentais- Editora Del Rey- Belo Horizonte- 2003- org. José Adércio Leite Sampaio.
- 24- Miranda, Jorge- Manual de Direito Constitucional- Coimbra Editora Ltda- Coimbra- Portugal-tomo I- 4ª Edição - 1990
- 25- Gadamer, Hans- Georg- Verdade e Método – 7ª Edição – Tradução de Flávio Paulo Meurer – Editora Vozes, Petrópolis – 2005.
- 26- Cossio, Carlos- El substrato filosófico de los métodos interpretativos- Revista Universidad- nº 6- págs 103 e 107 , 1940- Universidad Nacional Del Litoral – Santa Fé- Argentina
- 27- Hart, Herbert L. A- O conceito de Direito- Fundação Calouste Gulbenkian – Lisboa- Portugal- 3ª edição - 2001
- 28- Miranda, Jorge- A constituição da educação e as propinas no ensino superior in Estudos em memória do Prof. Doutor João de Castro Mendes- Lisboa - 1995

- 29- Alexy, Robert- Teoria dos direitos fundamentais- tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã-- Malheiros Editores- São Paulo, 2008
- 30- Canotilho- José Joaquim Gomes- Estudos sobre direitos fundamentais- Coimbra Editora- Ltda- Coimbra- Portugal- 2004-
- 31- Radbruch- Filosofia do Direito- Coimbra Editora – 1961- vol 1-
- 32- Curso de Direito Constitucional- Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco- 2ª edição- Editora Saraiva- São Paulo- 2008
- 33- Barroso, Luis Roberto- Fundamentos Teóricos e filosóficos do Novo Direito constitucional Brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) *in* A nova interpretação constitucional- ponderação, direitos fundamentais e relações privadas- Editora Renovar- Rio de Janeiro- 2006.

Sugestão para olhos

- 1- Uma das características de nossa contemporaneidade, por alguns denominada de pós- modernidade, é que não há mais espaço para um discurso excludente entre progresso econômico e padrão normativo constitucional

2-...insustentável, a tese de que os gastos despendidos na melhoria das condições de trabalho redundariam num custo insuportável para a atividade econômica, pois na verdade atuam como investimento propulsor do desenvolvimento da nação como um todo, além de equalizar as condições de concorrência entre os segmentos que exploram atividade produtiva

3-Ou seja, o Parlamento estabelece as regras gerais e traça as diretrizes, porém o faz em cláusulas abertas, não mais em *numerus clausus*, abrindo caminho para uma atuação jurisdicional mais ampla, não apenas para interpretar, mas também para complementar o próprio enunciado da norma

4-O direito à saúde desborda os estreitos limites da contratualidade, e se constitui numa autêntica garantia institucional que se espraia por todo o sistema.

5-Ora, não há amparo no direito posto e nos princípios constitucionais para admitir que a privatização dos lucros em benefício de alguns seja sustentada pela socialização dos prejuízos, suportados não só pelo trabalhador e sua família, mas também pela sociedade como um todo

6-. Por tais razões, o efeito vinculante se restringe exclusivamente ao enunciado da súmula, não podendo ser ampliado para abranger as diversas fundamentações das diferentes ações em que a mesma tese foi anteriormente apreciada, nem há amparo constitucional para atrelar o enunciado a fundamentação exarada num único julgamento, nem que seja o último..

7- Não há como interpretar uma súmula da mesma forma como se procede em relação a uma decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade. A intensa controvérsia suscitada em relação a Súmula Vinculante nº 4 evidencia isso.

8- ... a reclamação tem natureza de ação, e não de recurso. Destarte a liminar só pode ser lida, e interpretada, sob o balizamento dos critérios estabelecidos na própria súmula.

9 A edição de uma Súmula vinculante, pela sua própria natureza, se concentra na **tese reiterada** nos diversos casos submetidos à apreciação do Tribunal, passando ao largo, portanto, das peculiaridades de cada caso e procurando condensar apenas a tese uniforme que se repete em todos eles que, no caso, corresponde a vedação de utilização do salário-mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade

11- O gravame deve conter a intensidade necessária para desestimular conduta lesiva.

12- a utilização do salário-base se apresenta como a mais indicada, pois a integração analógica se faz por mediação legislativa, com a aplicação de um conceito que já está expressamente previsto em lei

13-. Neste sentido, o artigo 103 A da CF/88 exige a decisão de 2/3 de seus membros, após “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, de modo que a *ratio decidendi* não pode ser extraída de apenas um caso julgado, nem que seja o último.

14- O rigor científico, na identificação das peculiaridades de institutos jurídicos diferentes, não existe como um fim em si mesmo. Visa evitar a confusão de alhos com bugalhos que, ao invés de aprimorar, cria obstáculos à prestação jurisdicional, tornando-a obscura e pouco compreensível.

15- Com efeito, qual o amparo legal e constitucional para concluir que uma súmula, que por natureza se extrai de vários julgados, seja interpretada apenas pelas especificidades do último recurso extraordinário em que a matéria foi apreciada?

16 Como sustentar que uma situação peculiar de servidores estaduais, cuja organização salarial é atípica, seja utilizada como critério genérico e balizador dos demais trabalhadores, que tem regime salarial totalmente distinto?

17 Como conferir efeito vinculante ao que não consta do enunciado da Súmula ?

18- Como conferir interpretação que acirra o conflito e multiplica as situações de confronto, se a súmula vinculante foi instituída exatamente com escopo contrário, ou seja, de pacificação social apontando uma diretriz segura para a solução dos julgados ?

19-..porque nascem num movimento endógeno e não exógeno, em que as forças que levam a esta auto-correção são geradas no coração do sistema positivado e não fora dele, a fim de manter a integridade do ordenamento. Trata-se de aplicar a analogia legal posta pelo próprio sistema.