

DA (IN)COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DA REGRA DA VEDAÇÃO DA ACUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson
Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira

RESUMO

A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica, onde se visita a legislação, a doutrina e a jurisprudência, tem por desiderato analisar a tese, ventilada no âmbito da justiça do trabalho, quanto a viabilidade jurídica da acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade decorrente de fatos geradores distintos. Defende-se que o art. 193, §2º da CLT seria inconveniente, além de não ter sido recepcionado pela Constituição de 1988. Soma-se a isso o fato que o regramento que veda a acumulação dos adicionais não prospera em face do princípio da proporcionalidade. O entendimento, atual, do Tribunal Superior do Trabalho é do reconhecimento da validade da regra da vedação da possibilidade de acumulação dos adicionais.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de convencionalidade. Adicional de insalubridade. Adicional de periculosidade. Acumulação.

Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, Brasil.

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson

Doutorando em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. E-mail: roconelson@hotmail.com

Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira

Doutoranda em educação pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte – IFRN. Mestre em educação pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte - IFRN. E-mail: walkyria.teixeira@ifrn.edu.br

ABSTRACT

The research on screen, using a qualitative analysis methodology, using the hypothetical-deductive approach methods of a descriptive and analytical character, adopting a bibliographic research technique, where one visits the legislation, the doctrine and the jurisprudence, its purpose is to analyze the thesis, based on the scope of labor justice, regarding the legal feasibility of accumulating unhealthy and dangerous work surcharges resulting from different taxable events. It is argued that art. 193, §2 of the CLT would be unconventional, in addition to not having been accepted by the 1988 Constitution. In addition to this, the rule that prohibits the accumulation of additionals does not prosper in the face of the principle of proportionality. The current understanding of the Superior Labor Court is to recognize the validity of the rule prohibiting the possibility of accumulating additional charges.

KEYWORD: Conventionality control. Unhealthy work additional. Additional for hazardous work. Accumulation.

1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A proteção ao meio ambiente faz parte do plexo de direitos da terceira dimensão dos direitos fundamentais, sendo elencado como bem jurídico fundamental, tutelado no art. 225 da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Destaca-se que se adota, no Brasil, o conceito amplo de meio ambiente, sendo este composto por elementos naturais e sociais, de sorte que o meio ambiente do trabalho fica albergado, também, nas prescrições constitucionais do art. 225 e, de forma mais específica, no art. 200, VIII:¹

1
"Com efeito, a nossa Lei Fundamental de 1988 adota de forma expressa um conceito amplo para o bem jurídico ambiental, contemplando a integração entre os elementos naturais e os elementos humanos (ou sociais). A título de exemplo, o dispositivo constitucional que trata do patrimônio cultural (art. 216, V) evidencia essa abordagem normativa, ao referir que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, incluindo 'os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico,

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

(...)

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

É importante explicitar que a proteção ao meio ambiente do trabalho ainda é regrada na constituição Federal através do art. 7º, XXII, que garante direito aos trabalhadores urbanos e rurais quanto a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Percebe-se a superposição da 3º e 2º dimensões dos direitos fundamentais, onde o direito ao meio ambiente sadio se entrelaça normativamente com o direito trabalhista no que tange a segurança e saúde do trabalhador.

No plano do puro “dever-ser” busca-se um ambiente laboral onde os riscos ocupacionais possam ter neutralizados por completo. Sendo isso inviável, na práxis laboral, tem-se a monetização desses riscos ocupacionais o qual se dá pela percepção dos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade possuindo, status de regra constitucional de direito social. *In verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

(...)

Como se afere da prescrição normativa constitucional está se diante de insti-

.....
paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico’. Outra previsão constitucional que reflete a amplitude do conceito de ambiente é o art. 200, VIII, especificamente no sentido de incluir também o ambiente do trabalho no seu conteúdo, ao enunciar que compete ao Sistema Único de Saúde (SUS) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho’. (...). (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEITER, Tiago. Direito ambiental – Introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: São Paulo, 2014, p. 312). “O estudo das normas e princípios sobre proteção da vida e da saúde do trabalhador, portanto, tem início com a estruturação do Direito do Trabalho como disciplina jurídica cientificamente autônoma. A migração desse estudo para o campo do Direito Ambiental só tem início na década de 1970, sobretudo a partir da doutrina italiana que desde o início conjugou os estudos sobre proteção da flora, da fauna, da paisagem e da qualidade do ambiente urbano (combate à poluição sonora, visual, atmosférica) àqueles sobre os espaços confinados nas indústrias ou, num sentido mais preciso, sobre o meio ambiente do trabalho”. (FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Curso de direito ambiental. 6º ed. São Paulo: RT, 2013, ps. 257-258). Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de direito do trabalho. 10º ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 962.

tutos de caráter essencial tutelar que para se efetivar necessitar de regulamentação em lei o que lhe conferem natureza de norma constitucional de eficácia limitada.

A regulamentação legal, pelo menos em relação aos adicionais de insalubridade e periculosidade encontram-se prescrição na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).² Vem à baila o regramento do art. 193, §2º da CLT do qual se extrai o regramento normativo da vedação da cumulação da percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade:

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

(...)

§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.

(...) (Grifos nossos)

O meio ambiente laboral sadio constitui direito fundamental do trabalhador. Não sendo possível ofertar um ambiente seguro e sadio vem por pecuniarizar a saúde do trabalhador, seja em face de condições que agridem a saúde do trabalhador continuamente, seja em face de um ambiente com riscos.

De tal sorte, se a essência do direito do trabalho é tutelar a parte hipossuficiente da relação de trabalho, em que a vedação a cumulação da percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade está por proteger o trabalhador?

A questão problema do presente ensaio é aferir que o regramento do art. 193, §2º da CLT, o qual é fruto da Lei nº 6.514/77, que alterou a CLT, pode ser reconhecido válido a partir de um duplo controle: em relação plexo normativo constitucional (seja em relação a dimensão de sua recepção a Constituição de 1988, seja em relação à esfera de controle de constitucionalidade), bem como as convenções internacionais do qual o Brasil é signatário (controle de convencionalidade).

Em face do exposto, a pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica, onde se visita a legislação, a doutrina e a jurisprudência, tem por desiderato analisar a tese, ventilada

2 Em mais de 33 da Constituição Cidadão Poder Legislativo fora completamente omissão em relação a regulamentação ao adicional de periculosidade.

no âmbito da justiça do trabalho, quanto a viabilidade jurídica da acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade decorrente de fatos geradores distintos.

2. RAZÕES PARA A ACUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

2.1. NÃO RECEPÇÃO DO ART. 193, §2º DA CLT

O fenômeno constitucional da recepção e funda na conservação da validade da legislação infraconstitucional constituída anteriormente a constituição em vigor. Ou seja, todo o conjunto de leis publicado anteriormente a entrada em vigor da Constituição de 1988 terá sua validade reconhecida caso se adeque ao plexo normativo da presente constituição, sendo declarada “recepção” ou “não recepção”.³

Não se trata de uma questão de controle de constitucionalidade⁴ (a tese da inconstitucionalidade superveniente não ganhou guarida no bojo da jurisprudência do STF ou da maioria da doutrina),⁵ mas sim de direito intertemporal,^{6&7} visto que é o po-

3 “Recepção é o ato através do qual uma nova Constituição recebe, aceita, mantém a validade das leis infraconstitucionais anteriores com ela compatíveis. Quando uma Constituição é substituída por outra, não se faz necessário reescrever toda a legislação infraconstitucional (até porque tal tarefa seria impossível). Por essa razão, as leis anteriores à Constituição permanecerão válidas e vigentes, por força do fenômeno ora em estudo”. (MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 364)

4 “Aceitar que leis pré-constitucionais possam ser classificadas como inconstitucionais, no momento, atual, em relação à Constituição já supera da, é admitir a estapafúrdia situação de dois regimes distintos de inconstitucionalidade, um para as normas anteriores e outro para as normas posteriores à Constituição-parâmetro. Isso está a demonstrar que não se trata, em absoluto, de inconstitucionalidade”. (TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 173)

5 “CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da Inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido”. (STF, Pleno, ADI nº 2/DF, Ministro Relator Paulo Brossard. Julgado em 06/02/1992. Publicado em 21/11/1997)

6 Cf. MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 364.

7 Professor André Ramos Tavares não vislumbra que esse fenômeno seja uma questão

der constituinte originário que acarreta o nascimento de uma nova ordem jurídica, ocasionando a perda, pelo menos momentaneamente, da razão de validade das normas legais anteriores. Assim, a recepção ocasiona uma revalidação das normas infraconstitucionais anteriores que sejam materialmente compatíveis a Carta vigente de 1988.^{8&9}

A redação do art. 193, §2º da CLT é decorrente da Lei nº 6.514/77, promulgada sob a égide da Constituição Militar de 1967, sendo cronologicamente anterior a Constituição Cidadã de 1988.

De tal sorte é imprescindível aferir se a prescrição normativa do art. 193, §2º da CLT encontra-se em sintonia no seu exacto material com a Constituição vigente.

.....
intertemporal: "Por outro lado, tampouco se trata de simples sucessão intertemporal de leis, resolúvel pelo princípio da revogação da lei anterior no tempo. Neste ponto, razão assiste a GILMAR FERREIRA MENDES quando observa ser inconcebível solucionar o problema das leis pré-constitucionais com recurso aos princípios do Direito intertemporal. É mais do que evidente que não é o caso de conflito de leis no tempo. Não se trata de revogação da lei anterior pela lei (no caso, a Constituição) que lhe é posterior. O motivo é claro: a lei anterior simplesmente não existe à luz da Constituição posterior, se for com esta incompatível". (TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2007, ps. 173-174)

8 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 237.

9 "O que a superveniência de uma Constituição provoca é novação do Direito ordinário interno anterior. Como todas e cada uma das normas - legislativas, regulamentares e outras - retiram a sua validade, direta ou indiretamente, da Constituição, a mudança de Constituição acarreta mudança de fundamento de validade: as normas, ainda que formalmente intocadas, são novadas, no seu, título ou na sua força jurídica, pela Constituição; e sistematicamente deixam de ser as mesmas.

Há, assim, uma nítida diferença entre a situação do Direito constitucional anterior - o qual cessa com a entrada em vigor da nova Constituição - e a do Direito ordinário anterior - o qual continua, com novo fundamento da validade e sujeito aos princípios materiais da nova Constituição e que somente em caso de contradição deixará de vigorar. (...).

(...).

Essa ideia de recriação ou novação tem, designadamente, três corolários principais que não custa apreender:

a) Os princípios gerais de todos os ramos de Direito passam a ser os que constem da Constituição ou os que dela se infiram, direta ou indiretamente, enquanto revelações dos valores fundamentais da ordem jurídica acolhidos pela Constituição;

b) As normas legais e regulamentares vigentes à data da entrada em vigor da nova Constituição têm de ser reinterpretadas em face desta e apenas subsistem se conformes com as suas normas e os seus princípios;

c) As normas anteriores contrárias à Constituição não podem subsistir - seja qual for o modo de interpretar o fenómeno da contradição e ainda que seja necessário distinguir consoante a contradição se dê com normas precativas ou com normas programáticas (...)" (MIRANDA, Jorge. Teoria dos Estado e da Constituição. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, ps. 334-335)

Quadro 1 - comparativo entre os dispositivos da CLT e da Constituição

CLT	Constituição
Art. 193. (...). § 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.	Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; (...)

Fonte: elaborado pelos autores.

Constitui um direito fundamental social a proteção ao meio ambiente laboral sadio, constituindo um princípio a minimização dos riscos ocupacionais como se extrai do art. 7º, XXII da Constituição.

Não sendo possível a neutralização desses riscos ocupacionais tem-se uma regra constitucional referente a compensação financeira ao trabalhador pela exposição a ambientes nocivos decorrente da insalubridade, penosidade ou perigosidade.

Percebe-se, novamente, o escopo tutelar dos regramentos constitucionais de viés trabalhista, o qual fornece uma moldura para a validade das normas infraconstitucionais.

Da dimensão dessa moldura fora especificado, claramente, a possibilidade de percepção de determinados adicionais: penosidade, insalubridade e periculosidade. Constitui-se uma norma constitucional de eficácia limitada, visto que o constituinte originário reservou a lei a regulamentação dos referidos adicionais.

Todavia, o fato de se está diante de uma norma constitucional de eficácia limitada não quer dizer que não haja uma densidade normativa mínima da qual se possa extrair algum regramento.

A Constituição especificou de forma distinta 3 adicionais com o fito de compensar os riscos ocupacionais de um ambiente de trabalho. Não se definiu, constitucionalmente, o que são esses adicionais, mas pelo imperativo da lógica os respectivos adicionais devem possuir fatos geradores distintos. Como consequência lógica, também, se tem-se riscos ocupacionais diversos deve-se ter percepção dos adicionais correspondentes.¹⁰

Lembrar que constitui um dos princípios da hermenêutica constitucional o princípio da máxima efetividade, que determina que no processo interpretativo da norma constitucional deve ser dado o sentido que maior eficácia lhe proporcionar.¹¹ De tal sorte, não é uma interpretação razoável aquela que vislumbra que a norma constitucional do art. 7º, XXIII da Constituição limitou apenas a percepção de um único adicional pelo trabalhador, excluindo os demais.

É imprescindível no que tange ao fenômeno constitucional da recepção que a norma infraconstitucional, promulgada sob o regime constitucional anterior seja reinterpretada a partir da Constituição vigente.

Torna-se uma tarefa hercúlea tentar declarar recepcionada a norma da vedação de acúmulo do adicional de insalubridade com o adicional de periculosidade prescrição no art. 193, §2º da CLT quando essa vedação ao acúmulo não existe na Constituição de 1988 e a partir de uma interpretação teleológica é pujante que o fim buscado na moldura constitucional é de maximizar a proteção do trabalhador no seio no meio ambiente em que labora.¹²

Há essa maximização da norma constitucional de 1988 com o regramento do

10 “Ora, se o ambiente do trabalho é duplamente mais arriscado para a saúde, a vida e a segurança do trabalhador, ou seja, se a sua atividade laboral lhe assegura o direito a dois adicionais, não faz sentido ele receber apenas um adicional, pois não há bis in idem para o empregado (fatos geradores diversos para a percepção dos adicionais de periculosidade e insalubridade), e sim uma vantagem econômica desproporcional para o empregador”. (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 12º ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 530)

11 Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 7º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1224.

12 “Por conta da literalidade do referido dispositivo consolidado, a doutrina majoritária sustenta que são inacumuláveis os adicionais de insalubridade e periculosidade. No entanto, a interpretação teleológica da regra em causa autoriza a possibilidade de acumulação, mormente se adotarmos a interpretação conforme a Constituição, já que o texto constitucional estimula a adoção de normas tendentes a reduzir os riscos inerentes ao trabalho, isto é, as doenças e os acidentes do trabalho, e reconhece direitos fundamentais dos trabalhadores os adicionais de remuneração para as atividades perigosas, insalubres ou penosas (CF, art. 7º, XXII e XXIII)”. (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 12º ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 530)

art. 193, §2º da CLT? A resposta só pode ser não, pois quando se obriga o trabalhador a optar por um dos adicionais estando ele exposto duplamente a riscos ocupacionais distintos está transferindo o risco da atividade para o hipossuficiente da relação de trabalho, além de desestimular a eliminação ou neutralização dos riscos ambientais,¹³ o que vem por macular o valor da proteção ao meio ambiente do trabalho que são a razão das normas constitucionais prescritas no art. 7º, XXII e XXIII.

2.2. DA INCONVENCIONALIDADE DO ART. 193, §2º DA CLT

O surgimento da expressão de “controle de convencionalidade” remonta aos idos da década de 70, quando o Conselho Constitucional Francês fora instado a se pronunciar em relação a lei que versava sobre a regulamentação sobre a licitude do aborto voluntário em relação a Convenção Europeia de Direito Humanos de 1950. O Conselho Constitucional Francês entendeu não ser de competência dele o poder para aferir a adequação da lei doméstica em relação as convenções internacionais, estando restringido, apenas, a matéria constitucional. Apesar do não reconhecimento do poder de controle de convencionalidade a terminologia, nesse momento tem o seu nascedouro.¹⁴

A técnica do controle de convencionalidade é assim definida pelo professor Valério Mazzuoli:

Falar em controle de convencionalidade significa falar em compatibilidade vertical material das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Estado. Significa, também, falar especialmente em técnica judicial (tanto internacional como interna) de compatibilização vertical das

13 “(...) o art. 193, § 2.º, da CLT assegura o direito do empregado de optar entre o adicional de periculosidade e o adicional de insalubridade, tende a prevalecer a posição de que ele não faz jus ao recebimento de ambos os adicionais ao mesmo tempo 10, entendimento este que, no entanto, merece fundada crítica, pois, se o empregado está exposto tanto ao agente insalubre como também à periculosidade, nada mais justo e coerente do que receber ambos os adicionais (art. 7.º, inciso XXIII, da CFI1988), uma vez que os fatos geradores são distintos e autônomos. Além disso, a restrição a apenas um dos adicionais acaba desestimulando que a insalubridade e a periculosidade sejam eliminadas e neutralizadas, o que estaria em desacordo com o art. 7.º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988. (...)”. (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Meio ambiente do trabalho – direito, segurança e saúde no trabalho. 7º ed. Salvador: Juspodivm, 2020, ps. 296-297)

14 Cf. MAZZUOLI, Valério Oliveira. Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, ps. 22-23.

leis com tais preceitos internacionais. (...).¹⁵

2.2.1. A questão hierárquica das convenções de direitos humanos no sistema doméstico brasileiro

O tratado internacional seria um acordo escrito entre os Estados ou organizações internacionais, sobre uma matéria de interesse comum, regido pelo direito internacional, o qual pode conter dois ou mais documentos, como anexos e protocolos, onde estes auxiliam na regulamentação do documento principal.¹⁶

Os tratados internacionais, assim é conceituado por Valério Mazzuoli:

(...). Portanto, sob o aspecto que ora nos ocupa, entende-se por tratado todo acordo formal, concluído entre os sujeitos de Direito Internacional Público, regido pelo direito das gentes e visando à produção de efeitos de direito para as partes contratantes. (...)^{17&18}

Era consolidado, na jurisprudência do STF, a teoria da equivalência legislativa entre os tratados internacionais e as leis ordinárias, ou seja, os tratados internacionais, ratificados pelo Congresso Nacional, adentravam no sistema jurídico brasileiro com status de lei ordinária.

A partir de uma decisão, em sede de Recurso Extraordinário (RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 22.11.2006),¹⁹ ao tratar da prisão civil do depositário infiel, previsto

15 MAZZUOLI, Valério Oliveira. Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 22.

16 Assim encontra-se definido a figura do tratado na Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, firmado em 1969: “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

17 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 133.

18 Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Art. 2º. (...).

1. Para os fins da presente Convenção:

a) “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica;

(...)

19 “Em seguida, o Min. Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, acrescentando aos seus fundamentos que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja

no art. 5º, LXVII e sua análise conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos, reconheceu que tratados internacionais de direitos humanos que não foram aprovados com o quórum de 3/5, em dois turnos, em cada casa do congresso (procedimento respectivo das emendas constitucionais) deveriam portar o status normativos de supralegalidade. Ou seja, acima na lei ordinária e abaixo da norma constitucional.

De tal sorte, em matéria de tratados internacionais, tem-se as seguintes equivalências: tratados internacionais que não sejam de direitos humanos aderem ao patamar de lei ordinárias; tratados internacionais de direitos humanos que obedecerem a regra do art. 5º, §3º da Constituição,²⁰ teriam *status* de Emendas à Constituição; por fim, tratados internacionais de direitos humanos, não aprovados segundo os tramites de Emenda Constitucional, teriam o porte de dispositivos supralegais.

Diga-se que até a presente data, os únicos tratados/convenções internacionais ratificados segundo a regra constitucional do art. 5º, §3º da Constituição Federal foi a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, promulgado através do Decreto nº 6.949/09 e o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para ter Acesso ao Texto Impresso, celebrado em 28 de junho de 2013, promulgado através do Decreto nº 9.522/18.

Lembrar o ensinamento da professora Flávia Piovesan, que ao interpretar o §2º do art. 5º da Constituição Federal,²¹ entende que os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, independentemente do quórum de aprovação ser de

.....
ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Aduziu, ainda, que a prisão civil do devedor-fiduciante viola o princípio da proporcionalidade, porque o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, bem como em razão de o DL 911/69, na linha do que já considerado pelo relator, ter instituído uma ficção jurídica ao equiparar o devedor-fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional. Após os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, que também acompanhavam o voto do relator, pediu vista dos autos o Min. Celso de Mello". (RE-466343) (Grifos nossos). Informativo nº 449, de 20 a 24 de novembro de 2006 do STF.

20 Constituição Federal. Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

21 Constituição Federal. Art. 5º. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Emenda Constitucional, vêm por incorpora-se ao sistema jurídico brasileiro com status de norma constitucional em face, dentre outras coisas, do caráter materialmente constitucional dos direitos fundamentais, vindo tais tratados, especialmente aqueles anteriores a EC nº 45/04, a compor o bloco de constitucionalidade da ordem brasileira.²²

Segue a lapidar lição da professora Flávia Piovesan:

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.²³

O entendimento alhures ventilado de reconhecer a natureza materialmente constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos é corroborada na prestigiada doutrina do professor Valério Mazzuoli:

A Carta de 1988, com a disposição do § 2º do seu art. 5º, de forma inédita, passou a reconhecer claramente, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: a) aquela advinda do Direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição, estes últimos subentendidos nas regras de garantias ou decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados), e; b) aquela outra advinda do Direito Internacional (decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte). De forma expressa, a Carta de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro (e em vigor) a condição de fontes do sistema constitucional de proteção de direitos. É dizer, tais tratados passaram a ser fontes do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o status de norma constitucional que detêm tais

22 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, ps. 120-121. "A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhe natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais". (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 124).

23 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 118.

instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. (...)

Segundo o nosso entendimento, a cláusula aberta do § 2º do art. 5º, da Carta de 1988, sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, segundo sempre defendemos, o fato de esses direitos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de status constitucional.²⁴

2.2.2. Convenção nº 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho - OIT

O Brasil é signatário de diversas Convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT, dentre elas a Convenção nº 148 que versa sobre a Proteção dos Trabalhadores Contra os Riscos Profissionais Devidos à Contaminação do Ar, ao Ruído e às Vibrações no Local de Trabalho de 1º de junho de 1977, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 56, de 9 de outubro de 1981 e sendo promulgada originalmente através do Decreto nº 93.413, de 15 de outubro de 1986, assim como da Convenção nº 155 que trata sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho de 22 de junho de 1981, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 2, de 17 de março de 1992 e promulgada originalmente pelo Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994.

Destaca-se dessas convenções os seguintes dispositivos:

Convenção nº 148 da OIT

Artigo 8

3. Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais, e tendo em conta, na medida do possível, *qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho.* (Grifos nossos)

Convenção nº 155 da OIT

Artigo 11

Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente

24 MAZZUOLI, Valerio Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 12º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 64.

Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverão garantir a realização progressiva das seguintes tarefas:

(...)

b) a determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes; *deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultâneas a diversas substâncias ou agentes;* (Grifos nossos)

Se extrai de forma uníssona, nas duas Convenções da OIT, acima, que no que tange ao meio ambiente laboral será considerada para fins de determinação das normativas de proteção ao trabalhador quanto aos riscos ocupacionais a exposição simultânea de diversos fatores nocivos.

É clarividente a violação do Brasil no que tange ao cumprimento dos compromissos internacionais firmados no seio das Convenções nº 148 e 155 da OIT, visto que não está levando em consideração a exposição simultânea de riscos ocupacionais no seu sistema doméstico, tanto que a redação do art. 193, §2º da CLT foi dada em 1977, nunca tendo sofrido qualquer alteração nesses últimos 44 anos, apesar da grande reforma trabalhista, ocorrida em 2017, através da Lei nº 13.477.

Se o trabalhador se encontra exposto a riscos ocupacionais diversos, os quais estão acima dos limites toleráveis, segundo as normas técnicas, e que fora impossível a sua neutralização, não há razão lógica que justifique a não percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade quando presente os fatos geradores correspondentes.

É flagrante a inconveniência do art. 193, §2º da CLT, posto que as Convenções nº 148 e 155 da OIT, a partir da jurisprudência firmado pelo STF, possuem status de norma supralegal, visto tratar de matéria de direitos humanos, todavia, não aprovado com a ritualista de proposta de emenda constitucional.

2.3. UMA ANÁLISE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

2.3.1. Considerações sobre o princípio da proporcionalidade

No ordenamento jurídico brasileiro vem a se tratar de um princípio constitucional implícito, não se encontrando prescrito de forma expressa na Constituição Federal

de 1988, sendo cânone do Estado de Direito, onde o poder estatal deve atuar de forma limitada.²⁵

A sistematização mais aprofundada desse princípio deu-se na segunda metade do século passado, na Alemanha, cuja terminologia derivou do princípio da necessidade, sendo utilizado como instrumento em controle de constitucionalidade, pela Corte Constitucional Alemã, no que tange à intervenção do Estado em face da limitação do exercício de direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade é constituído pelos seguintes elementos (subprincípios): princípio da adequação; princípio da necessidade; e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.²⁶

Na análise estrutural do princípio da proporcionalidade, o exame da adequação busca aferir a idoneidade dos meios para atingir os fins perseguidos (relação adequação da medida-fim). Quando do exame da necessidade vai se buscar identificar qual dentre as medidas adequadas para atingir o fim tem o caráter menos gravoso. Por fim, quando do exame da proporcionalidade em sentido estrito, faz um juízo de ponderação para avaliar a proporcionalidade entre o meio escolhido e o fim almejado.²⁷

Reconhece-se que o princípio da proporcionalidade possui dois desdobramentos normativos: a proibição do excesso (limitações abusivas pelos órgãos estatais aos direitos fundamentais do cidadão) e a proibição da proteção deficiente (imposição ao Estado da adoção de medidas adequadas à promoção dos direitos fundamentais).²⁸

O princípio da proporcionalidade, enquanto máxima da interpretação, não apresenta conteúdo material, mas sim é uma diretiva procedimental para busca material da decisão.

De sorte que em sua instrumentalização perfaz-se uma sequência perguntas

25 Cf. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23º ed. São Paulo: Malheiros, 2008, ps.434-436.

26 “Não se deve confundir proporcionalidade com razoabilidade. Esta refere-se especificamente à questão do controle de abuso, realizada em face de situações extremas e inequívocas. Já a proporcionalidade contém formulação teórica mais apurada e se dá em três dimensões: juízo de adequação, de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito”. (ESTEFAM, André. Direito Penal – parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010. V.1, p. 124).

27 Cf. FELDENS, Luciano. A Constituição Penal – A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, ps. 163-166.

28 Cf. NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 8º ed. São Paulo: Método, 2013, ps. 426-427.

e respostas para aferir se determina norma é albergada ou não pela moldura da proporcionalidade.

2.3.2. Do princípio da proporcionalidade em relação ao art. 193, §2º da CLT

A pergunta problema é óbvia: seria proporcional labutar em um ambiente insalubre e perigoso, ao mesmo tempo, decorrente de fatos geradores distintos, e perceber, apenas, um dos adicionais?

Em uma análise pormenorizada do princípio da proporcionalidade seria a vedação ao acúmulo dos adicionais de insalubridade e periculosidade um meio adequado para atingir o fim proteção justa ao trabalhador em face dos riscos ocupacionais? A resposta, aqui, só pode ser negativa.

Perceba-se que não se consegue se quer compatibilizar a norma do art. 193, §2º da CLT com o subprincípio da adequação, pois a referida norma não é adequada ao escopo tutelar ínsito do direito do trabalho, o que revela altíssimo grau de desproporcionalidade da norma.²⁹

Mesmo que se queira socorrer de algum tipo de retórica hiperbolizada para justificar um mínimo de adequação, a regra da CLT não sobrevive ao exame quanto ao subprincípio da necessidade que busca aferir dentre as medidas adequadas a menos gravosa. No plano ideal a melhor medida é aquela em que não há risco ocupacional para o trabalhador, todavia, existindo diversos fatores de natureza diversa, que o trabalhador seja devido monetizado por isso, ou seja, o regramento que permitisse a acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade teria o caráter de menor gravosidade em relação a proteção ao trabalhador do que a vedação da acumulação, a qual estaria transferindo parcela do risco da atividade econômica para o empregado.

Se no problema em questão sequer sobrevive logicamente ao filtro dos subprincípios da adequação e da necessidade a análise de um juízo de ponderação próprio do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito queda-se desnecessário.

O fato é que ao perpassar o regramento normativo do art. 193, §2º da CLT pelo espectro do princípio da proporcionalidade constata-se, sem maiores eloquências, que

29 “(...) Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); (...)”. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 374)

a norma infraconstitucional em questão é desproporcional e, conseqüentemente, inconstitucional (isso a partir da premissa daqueles que entendem que o art. 193, §2º da CLT fora recepcionado pela Constituição de 1988).

No momento que se atropela o princípio constitucional da proporcionalidade tem-se um atentado a toda a ordem jurídica.³⁰

3. ACUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE NA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA

A questão da possibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, por óbvio, fora ventilada nas causas perante a justiça trabalhista, onde as razões do pedido ventilavam a não recepção do art. 193, §2º da CLT e/ou a inconveniência do referido dispositivo em face das Convenções nº 148 e 155 da OIT.

Tese retro ganhou guarida em julgados dos Tribunais Regionais do Trabalho como os da 15º e 17º região:

CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS – PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE – POSSIBILIDADE

- 1. Os adicionais de insalubridade, periculosidade ou penosidade foram alçados ao nível de direitos fundamentais.*
- 2. A acumulação desses adicionais está amparada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, CRFB/88, no inciso XXII do art. 7º da CRFB/88, que preconiza a obrigatoriedade da empregadora em adotar medidas que garantam a diminuição dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, bem como na Convenção nº 155 da OIT, que dispõe sobre a segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho.*
- 3. A possibilidade de acumular o direito ao adicional de insalubridade e de periculosidade deve ser interpretada à luz da nova ordem Constitucional, pois se trata de direito fundamental.*
- 4. O ideal a ser buscado pela humanidade é que ninguém trabalhe em ambiente insalubre ou perigoso, porém, trata-se de cenário bastante longínquo. Assim, por ora, a legislação trabalhista monetiza a saúde e a segurança do trabalhador. Todavia, essa monetização deve ser completa, integral, aí incluída a possibilidade de acumular os adicionais de insalubridade e periculosidade.*
- 5. Saliente-se que essa interpretação está em consonância com o princípio da vedação do retrocesso social e de acordo com o PIDESC (Pacto Internacional sobre*

30 Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23º ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.435.

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) - artigos 2º, 11, 16, 18, 21 e 22, com o Protocolo Adicional - Pacto de San Salvador - 17.11.1988 - Artigos 1º, 17 e 19, e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22.11.1969 (art. 26). *Dessa forma, constatada a existência de agente insalubre e agente perigoso são devidos os pagamentos dos adicionais relativos a cada fato gerador, cumulativamente.* Recurso provido.³¹ (Grifos nossos)

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE – CUMULATIVIDADE – POSSIBILIDADE

A cumulação de adicionais deve ser autorizada, até para coibir casos como o presente, onde o valor irrisório dos adicionais, sobretudo o de insalubridade, estimula o comprometimento da saúde e da vida do trabalhador, ao invés das empresas buscarem a eliminação dos agentes perigosos e insalubres do ambiente de trabalho, numa clara pecuniarização da saúde do trabalhador, em que o capital prefere pagar os adicionais em comento ao invés de arcar com os investimentos necessários à eliminação dos riscos do ambiente de trabalho. *Deve-se fazer uma interpretação conforme a Constituição Federal, visando conferir máxima efetividade ao dispositivo constitucional que, no caso, é garantir um ambiente de trabalho saudável e preservar a incolumidade física, psíquica e moral do trabalhador, concluindo-se pela possibilidade a cumulação dos dois adicionais. Incidência do art. 7º, XXII da CF e Convenções 148 e 155 da OIT.* Precedente do TST.³²

Quando o assunto fora ventilado no bojo do Tribunal Superior do Trabalho, sendo julgado na 7º Turma, também, se firmou entendimento favorável a percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade:

RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO.

A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de pe-

31 TRT 15º, 11º Câmara, Recurso Ordinário nº 001442-87.2012.5.15.0082, Rel. Des. João Batista Martins César, Publicado em: 18.11.2014.

32 TRT 17º Região, 1º Turma, Recurso Ordinário nº 0000817-50.2014.5.17.0010, Rel. Des. Cláudio Armando Couce de Menezes, Publicado em: 24.02.2016

nosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. *Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF.* A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes. *Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT.* Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento.³³ (Grifos nossos)

A questão chegou a contar com uma decisão favorável, em 2016, no bojo da Subseção Especializada em Dissídios Individuais-I, com fundamento único no que tange a fatos geradores distintos, visto que reconhecia a compatibilidade do art. 193, §2º da CLT com a Constituição e com as Convenções nº 148 e 155 da OIT. *In verbis:*

ADICIONAIS. PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. PERCEPÇÃO CUMULATIVA. ART. 193, § 2º, DA CLT. ALCANCE

1. No Direito brasileiro, as normas de proteção ao empregado pelo labor prestado

33 TST, 7º Turma, RR-1072-72.2011.5.02.0384, Rel. Min. Claudio Mascarenhas Brandão, DEJT 03/10/2014.

em condições mais gravosas à saúde e à segurança deverão pautar-se sempre nos preceitos insculpidos no art. 7º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal: de um lado, a partir do estabelecimento de um meio ambiente do trabalho equilibrado; de outro lado, mediante retribuição pecuniária com vistas a “compensar” os efeitos nocivos decorrentes da incontornável necessidade de exposição do empregado, em determinadas atividades, a agentes nocivos à sua saúde e segurança.

2. No plano infraconstitucional, o art. 193 da CLT, ao dispor sobre o direito à percepção de adicional de periculosidade, assegura ao empregado a opção pelo adicional de insalubridade porventura devido (§ 2º do art. 193 da CLT).

3. A opção a que alude o art. 193, § 2º, da CLT não conflita com a norma do art. 7º, XXII, da Constituição Federal. Os preceitos da CLT e da Constituição, nesse ponto, disciplinam aspectos distintos do labor prestado em condições mais gravosas: enquanto o art. 193, § 2º, da CLT regula o adicional de salário devido ao empregado em decorrência de exposição a agente nocivo, o inciso XXII do art. 7º impõe ao empregador a redução dos agentes nocivos no meio ambiente de trabalho. O inciso XXIII, a seu turno, cinge-se a enunciar o direito a adicional “de remuneração” para as atividades penosas, insalubres e perigosas e atribui ao legislador ordinário a competência para fixar os requisitos que geram direito ao respectivo adicional.

4. Igualmente não se divisa descompasso entre a legislação brasileira e as normas internacionais de proteção ao trabalho. As Convenções nos 148 e 155 da OIT, em especial, não contêm qualquer norma explícita em que se assegure a percepção cumulativa dos adicionais de periculosidade e de insalubridade em decorrência da exposição do empregado a uma pluralidade de agentes de risco distintos. Não há, pois, em tais normas internacionais preceito em contraposição ao § 2º do art. 193 da CLT.

5. Entretanto, interpretação teleológica, afinada ao texto constitucional, da norma inscrita no art. 193, § 2º, da CLT, conduz à conclusão de que a opção franqueada ao empregado, em relação à percepção de um ou de outro adicional, somente faz sentido se se partir do pressuposto de que o direito, em tese, ao pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade deriva de uma única causa de pedir.

6. Solução diversa impõe-se se se postula o pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, concomitantemente, com fundamento em causas de pedir distintas. Uma vez caracterizadas e classificadas as atividades, individualmente consideradas, como insalubre e perigosa, nos termos do art. 195 da CLT, é inarredável a observância das normas que asseguram ao empregado o pagamento cumulativo dos respectivos adicionais - arts. 192 e 193, § 1º, da CLT. Trata-se de entendimento consentâneo com o art. 7º, XXIII, da Constituição Federal de 1988. Do contrário, emprestar-se-ia tratamento igual a empregados submetidos a condições gravosas distintas: o empregado submetido a um único agente nocivo, ainda que caracterizador de insalubridade e também de periculosidade, mereceria o mesmo tratamento dispensado ao empregado submetido a dois ou mais agentes nocivos, díspares e autônomos, cada qual em si suficiente para gerar um adicional. Assim, se presentes os agentes insalubre e de risco, simultaneamente, cada qual amparado em um fato gerador diferenciado e autônomo, em tese há direito à

percepção cumulativa de ambos os adicionais.

7. Incensurável, no caso, acórdão de Turma do TST que nega a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e de periculosidade se não comprovada, para tanto, a presença de causa de pedir distinta.

8. Embargos do Reclamante de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se nega provimento.³⁴

Por fim, em julgamento do final de 2019, com publicação do acórdão em 2020, a Subseção Especializada em Dissídios Individuais – I, fixando tese de natureza vinculante, entendeu pela impossibilidade da acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Reiterou-se que art. 193, §2º da CLT fora recepcionado pela Constituição de 1988, visto que o art. 7º, XXIII (através de uma interpretação gramatical) permite a interpretação da alternatividade dos adicionais e que as Convenções 148 e 155 da OIT não versam sobre a cumulatividade dos adicionais,³⁵ o que acarreta a ausência de paradigma para feitura de controle de convencionalidade. *In verbis*, a ementa do julgado:

INCIDENTE DE RECURSOS REPETITIVOS. ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO, AINDA QUE AMPARADOS EM FATOS GERADORES DISTINTOS E AUTÔNOMOS. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO. RECEPÇÃO DO ART. 193, § 2º, DA CLT, PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Incidente de recursos repetitivos, instaurado perante a SBDI-1, para decidir-se, sob as perspectivas dos controles de constitucionalidade e de convencionalidade, acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade, quando amparados em fatos geradores distintos e autônomos, diante de eventual ausência de recepção da regra do art. 193, § 2º, da CLT, pela

34 TST, Subseção Especializada em Dissídios Individuais-I, E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064, Redator Ministro João Oreste Dalazen, DEJT 17/06/2016.

35 “As Convenções da OIT estabelecem normas gerais. Cada país adota a regra específica que entender mais adequada, atendendo às suas particularidades.

As normas internacionais mencionadas tratam de um modo geral de saúde e não de adicionais de insalubridade e periculosidade.

A proteção à vida e à segurança do trabalho não implica que haverá pagamento de adicional cumulativo. Se se pretende que haja o pagamento do adicional de insalubridade e do de periculosidade ao mesmo tempo, é preciso alterar a redação da CLT”. (MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 36º ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 425)

Em sentido contrário: “Como se pode notar, as normas internacionais em questão, dispendo de forma mais benéfica e coerente, admitem o recebimento, simultâneo, dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, quando o empregado está exposto a ambos os agentes”. (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Meio ambiente do trabalho** – direito, segurança e saúde no trabalho. 7º ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 298)

Constituição Federal.

2. Os incisos XXII e XXIII do art. 7º da Constituição Federal são regras de eficácia limitada, de natureza programática. Necessitam da “interpositio legislatoris”, embora traduzam normas jurídicas tão preceptivas quanto as outras. O princípio orientador dos direitos fundamentais sociais, neles fixado, é a proteção da saúde do trabalhador. Pela topografia dos incisos - o XXII trata da redução dos riscos inerentes ao trabalho e o XXIII, do adicional pelo exercício de atividades de risco -, observa-se que a prevenção deve ser priorizada em relação à compensação, por meio de retribuição pecuniária (a monetização do risco), dos efeitos nocivos do ambiente de trabalho à saúde do trabalhador.

3. *Gramaticalmente, a conjunção “ou”, bem como a utilização da palavra “adicional”, no inciso XXIII do art. 7º, da Carta Magna, no singular, admite supor-se alternatividade entre os adicionais.*

4. O legislador, no art. 193, § 2º, da CLT, ao facultar ao empregado a opção pelo recebimento de um dos adicionais devidos, por certo, vedou o pagamento cumulado dos títulos, sem qualquer ressalva.

5. *As Convenções 148 e 155 da OIT não tratam de cumulação de adicionais de insalubridade e de periculosidade.*

6. Conforme ensina Malcom Shaw, “quando uma lei e um tratado têm o mesmo objeto, os tribunais buscarão interpretá-los de forma que deem efeito a ambos sem contrariar a letra de nenhum dos dois”. É o que se recomenda para o caso, *uma vez que os textos comparados (Constituição Federal, Convenções da OIT e CLT) não são incompatíveis (a regra da impossibilidade de cumulação adequa-se à transição para o paradigma preventivo)*, mesmo considerado o caráter supralegal dos tratados que versem sobre direitos humanos. É inaplicável, ainda, o princípio da norma mais favorável, na contramão do plano maior, por ausência de contraposição ou paradoxo.

7. Há Lei e jurisprudência consolidada sobre a matéria. *Nada, na conjuntura social, foi alterado, para a ampliação da remuneração dos trabalhadores no caso sob exame. O art. 193, § 2º, da CLT, não se choca com o regramento constitucional ou convencional.*

8. Pelo exposto, fixa-se a tese jurídica: *o art. 193, § 2º, da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal e veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos. Tese fixada.*³⁶ (Grifos nossos)

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se vislumbra como melhor interpretação a tese fixada no julgamento do E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064, da Subseção Especializada em Dissídios Individuais-I,

36 TST, Subseção Especializada em Dissídios Individuais - I, IRR-239-55.2011.5.02.0319, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Publicado em: 06/03/2020.

do TST.

Reconhecer a adequação material do art. 193, §2º da CLT com a Constituição Federal é ir de encontro ao princípio de hermenêutica constitucional da máxima efetividade.

Não só isso, o regramento do art. 193, §2º da CLT não sobrevive ao filtro do postulado constitucional da proporcionalidade porque não é meio adequado para atingir o fim proteção justa ao trabalhador em face dos riscos ocupacionais.

E caso possa ser entendido como adequado viola o subprincípio da necessidade (busca da medida adequada menos gravosa) visto que o regramento que permitisse a acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade teria o caráter de menor gravosidade em relação a proteção ao trabalhador do que a vedação da acumulação, a qual estaria transferindo parcela do risco da atividade econômica para o empregado.

Sendo necessário sempre um duplo juízo: um quanto a questão constitucional e outro em relação a matéria convencional é ululante a inconveniência do art. 193, §2º da CLT, posto a violação a compromissos internacionais firmados no seio das Convenções nº 148 e 155 da OIT, em razão de desconsiderar a exposição simultânea de riscos ocupacionais no âmbito jurídico interno. A redação do art. 193, §2º da CLT é de 1977, nunca tendo sofrido alteração nesses últimos 44 anos.

Se o trabalhador se encontra exposto a riscos ocupacionais diversos, os quais estão acima dos limites toleráveis, segundo as normas técnicas, e que fora impossível a sua neutralização, não há razão lógica que justifique a não percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade quando presente os fatos geradores correspondentes.

Espera-se que o TST, em um futuro breve, possa se permitir rever a sua jurisprudência indo além de uma mera interpretação gramatical/literal de sorte a efetivar a força normativa da constituição e das convenções internacionais em matéria de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23º ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: atualizada até a Emenda Constitucional nº 112. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 09 de agosto de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977**. Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo a segurança e medicina do trabalho e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 23 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6514.htm#art1>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 26 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 9.522, de 08 de outubro de 2018**. Promulga o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Vi-

sual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 09 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9522.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 05 de novembro de 2019.** Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil – Anexo XXXIX - Convenção nº 148 da OIT Sobre a Proteção dos Trabalhadores Contra os Riscos Profissionais Devidos à Contaminação Do Ar, Ao Ruído e Às Vibrações no Local De Trabalho. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 06 de novembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo39>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.088, de 05 de novembro de 2019.** Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil – Anexo LI - Convenção nº 155 da OIT Sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF, 06 de novembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo51>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 7º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

ESTEFAM, André. **Direito Penal – parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2010. V.1.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal – A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de direito ambiental.** 6º ed. São Paulo:

RT, 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 10º ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Meio ambiente do trabalho** – direito, segurança e saúde no trabalho. 7º ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 12º ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 36º ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2º ed. São Paulo: RT, 2007.

MAZZUOLI, Valério Oliveira. **Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valerio Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria dos Estado e da Constituição**. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8º ed. São Paulo: Método, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEITER, Tiago. **Direito ambiental** – Introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: São Paulo, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Publicado originalmente no volume 06 da Revista LTr de 2021.